

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'engagement par déclaration unilatérale de volonté dans le chef des pouvoirs publics à la lumière de l'arrêt Softenon

Cataldo, Andrea; George, Florence

Published in:
Actualités du contentieux administratif

Publication date:
2020

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
Cataldo, A & George, F 2020, L'engagement par déclaration unilatérale de volonté dans le chef des pouvoirs publics à la lumière de l'arrêt Softenon. Dans *Actualités du contentieux administratif*. Commission Université-Palais, Numéro 197, Anthemis, Liège, p. 153-212.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

3

L'ENGAGEMENT PAR DÉCLARATION UNILATÉRALE DE VOLONTÉ DANS LE CHEF DES POUVOIRS PUBLICS À LA LUMIÈRE DE L'ARRÊT *SOFTENON**

Andrea CATALDO

assistant à l'UNamur
avocat au barreau de Namur

Florence GEORGE

chargée de cours à l'UNamur
avocate au barreau de Liège

Sommaire

Introduction	154
Section 1	
Le procès <i>Softenon</i>	154
Section 2	
L'engagement par déclaration unilatérale de volonté	163
Section 3	
Applications des principes de droit privé sous le prisme de l'affaire <i>Softenon</i>	184
Conclusion	211

* Les auteurs remercient vivement leurs collègues Marc Nihoul, Hendrik Vuye, François Xavier, Anne-Catherine Rasson et Pierre-François Henrard pour leurs précieuses réflexions et très enrichissantes discussions.

Introduction

L'arrêt *Softenon* du 22 février 2018 de la cour d'appel de Bruxelles n'est pas passé inaperçu dans le monde juridique. Le médicament éponyme a, en effet, fait de sinistres ravages au milieu du siècle dernier, tant dans nos contrées que dans celles de nos voisins. La décision rendue a surpris à plus d'un titre.

Tout d'abord, alors qu'on aurait pu s'attendre à de longs développements sur la question de la prescription, il n'en fut rien. C'est finalement sur la base de la théorie de l'engagement par volonté unilatérale – argument soulevé par certaines parties seulement et à titre subsidiaire – que la cour donne raison aux victimes.

Ensuite, même si l'application de la théorie de l'engagement par volonté unilatérale de l'administration ne constitue pas une nouveauté, l'arrêt pourrait venir semer la panique au sein des pouvoirs publics.

Enfin, bien que le souci du sort des victimes semble finalement l'avoir emporté sur les arguments juridiques, l'arrêt rendu pose des questions éminemment intéressantes sur le plan du droit.

Somme toute, l'arrêt *Softenon* invite à se replonger aux confins de la théorie de l'engagement par volonté unilatérale, mais pas seulement. Le droit constitutionnel et le droit administratif demeurent au cœur des raisonnements.

Mâtiné, alimenté et sans cesse irrigué de considérations de droit public, le droit civil prend dans cet arrêt une autre dimension et révèle toute sa complexité. L'articulation de ces deux disciplines, que l'on oppose souvent de façon réductrice, regorge de subtilités que nous tenterons de mettre en lumière dans le cadre de cette contribution.

Dans un premier temps, nous revenons sur les faits et rétroactes du procès *Softenon* (section 1). Nous exposons ensuite, de manière systématique, la théorie de l'engagement par volonté unilatérale (section 2). Nous tentons enfin d'appliquer les principes de droit civil aux pouvoirs publics au travers d'une critique de l'arrêt *Softenon* (section 3).

Section 1

Le procès *Softenon*

A. Les faits à l'origine de l'arrêt de la cour d'appel

1. Le boum de la thalidomide. Au tournant des années 1950 et 1960, un médicament fabriqué en Allemagne à partir d'une nouvelle molécule, la thalidomide, fut commercialisé un peu partout dans le monde. En Belgique, il prit la dénomination *Softenon*. Ce sédatif connut rapidement un large succès, en particulier auprès des femmes enceintes, se révélant très efficace contre les nausées. La notice et la publicité autour du médicament insistaient sur sa par-

faite innocuité, même à hautes doses, ce qui en faisait une alternative efficace aux barbituriques.

À partir de 1959, les obstétriciens commencèrent cependant à noter une augmentation alarmante du nombre de bébés nés avec un handicap congénital, caractérisé notamment par des malformations au niveau des membres, pour la plupart des phocomélies¹. Il s'agissait aussi d'enfants sourds et sans oreilles, ou porteurs d'une paralysie faciale, d'une atteinte oculaire, d'une anomalie urinaire génitale. Par élimination, les chercheurs en vinrent à envisager une origine médicamenteuse et à suspecter la thalidomide, seul point commun entre les situations étudiées. L'affinement de leurs conclusions et la diffusion immédiate de l'affaire contraignirent le fabricant allemand à annoncer, le 27 novembre 1961, le retrait du marché des médicaments contenant la thalidomide. Dès les premiers jours de décembre 1961, plusieurs distributeurs européens lui emboîtèrent le pas.

2. La commercialisation et le retrait du médicament en Belgique. En Belgique, les autorisations de commercialisation du *Softenon* et de ses différentes déclinaisons furent données respectivement les 13 février 1959, 23 février 1960, 14 avril 1960 et 17 mars 1961. Chaque spécialité était en vente libre, sans tests ni contrôles préalables de l'État lors de la mise sur le marché. Jugeant suffisante la demande de retrait de la vente adressée par l'importateur-distributeur belge aux pharmaciens du pays, et soucieux de ne pas alarmer l'opinion publique, ce n'est qu'à partir du mois de juin 1962 que l'État belge interdira provisoirement, par des arrêtés ministériels successifs, la diffusion du *Softenon*. Enfin, un arrêté royal d'interdiction totale et définitive de vente sera adopté le 12 décembre 1963².

3. L'intervention financière des États envers les victimes. Une fondation alimentée pour partie par l'État allemand et pour partie par le fabricant de la thalidomide voit le jour en 1971. Elle accorde des interventions financières sous forme de rentes viagères à un certain nombre de victimes, allemandes et non allemandes. Chez nous, celles qui en bénéficient voient cette aide s'ajouter aux allocations de personnes handicapées. Ces interventions étant loin de constituer une réparation intégrale du dommage subi, une série de victimes s'adressent également à l'État belge. Le pouvoir exécutif se montre sensible à leur situation. C'est ainsi que paraît, le 22 mars 2010, le communiqué de presse officiel suivant :

« À la demande de Laurette Onkelinx, le gouvernement a accepté de réserver un montant de 5 millions d'euros au bénéfice des victimes de la thalidomide, plus communément connue sous le terme *Softenon*.

¹ Atrophie des membres aboutissant à l'implantation directe des mains et des pieds sur le tronc.

² La thalidomide sera réintroduite sur le marché belge dans les années 1990 pour traiter certaines affections, sous prescription médicale exclusivement, la grossesse étant une contre-indication absolue au traitement.

Ce montant sera versé à une Fondation, encore à créer, qui sera chargée de répartir ce montant entre les personnes concernées.

Cette mesure, portée avec conviction par la ministre, représente un geste important de soutien à ces personnes atteintes de malformations congénitales particulièrement handicapantes».

Ce communiqué est suivi, le 21 avril 2010, d'une lettre adressée par la ministre de la Santé aux conseils des personnes concernées :

«J'ai le plaisir de vous communiquer la décision qui a été prise à mon initiative par le conseil des ministres à l'issue des négociations qui sont intervenues dans le cadre du récent contrôle budgétaire à propos des victimes de la thalidomide : un montant unique de 5.000.000 euros est prévu au bénéfice des victimes de la thalidomide, montant qui sera pris en charge sur le budget des frais d'administration de l'INAMI et compensé à l'intérieur de l'objectif budgétaire global des soins de santé.

Cette somme sera attribuée à une fondation d'utilité privée dont l'objet social sera l'octroi d'une somme forfaitaire à chaque victime née en Belgique entre le 1^{er} janvier 1958 et le 1^{er} avril 1963, dont il sera démontré qu'elle souffre de malformations congénitales liées à la prise par la mère pendant la grossesse d'un des médicaments distribués en Belgique par la firme R. COLES, contenant de la thalidomide.

Il s'agit là du mandat qui m'a été confié par le gouvernement, et j'entends bien entendu l'exécuter, en premier lieu en créant dans les plus brefs délais la base légale requise pour permettre le paiement par l'INAMI du montant de 5.000.000 euros à la fondation à créer. Il s'agit d'une décision inespérée compte tenu du contexte budgétaire actuel, lequel est particulièrement difficile, et je suis heureuse d'avoir pu l'obtenir dans ces conditions. [...]

Pour le surplus, je ne dispose d'aucun mandat pour un quelconque engagement au-delà de ce qui a été décidé par le gouvernement».

4. Le projet belge avorté. La ministre prépare un avant-projet de texte à insérer dans le projet de loi-programme accompagnant le premier ajustement budgétaire 2010. Mais c'est sans compter sur les événements politiques de fin avril 2010, qui l'amènent à revoir sa position dans une lettre du 17 mai 2010 :

«En raison de la crise gouvernementale qui a abouti à la chute du gouvernement, le conseil des ministres n'a cependant et malheureusement pas eu le temps d'examiner ce projet, ainsi que d'autres d'ailleurs. Depuis le 26 avril dernier, le Gouvernement fédéral est démissionnaire. Il ne peut plus prendre de nouvelles initiatives et est chargé par le Roi d'expédier les affaires courantes. La décision appartiendra dès lors au prochain gouvernement. J'espère toutefois que les étapes franchies ces derniers mois pourront servir de base à une future décision en faveur des victimes du *Softenon*. Et dans la mesure de mes facultés, il s'agira bien entendu d'une initiative qui bénéficiera de mon plein et entier soutien».

B. L'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 22 février 2018

1. Rétroactes

5. Les réclamations des victimes. Par citation du 13 septembre 2010, douze victimes assignent l'État belge pour l'entendre condamner à leur payer à chacune 5 millions d'euros à titre principal (demande ramenée ensuite à la somme provisionnelle de 1 million d'euros). Six autres personnes se joignent à cette demande en faisant intervention volontaire à la procédure. Toutes ces victimes sont nées entre le 28 février 1960 et le 27 décembre 1962. Elles invoquent la responsabilité aquilienne de l'État, auquel elles reprochent non seulement d'avoir autorisé la commercialisation du *Softenon* en Belgique sans contrôle préalable effectif sur ses dangers potentiels mais aussi, une fois connus les effets pathogènes de la thalidomide, d'avoir tardé à prendre des mesures efficaces pour retirer le produit du marché.

6. La décision du premier juge. Par jugement du 21 novembre 2011³, le tribunal de première instance de Bruxelles déclare cette action irrecevable car prescrite.

L'article 100 de l'arrêté royal du 17 juillet 1991 portant coordination des lois sur la comptabilité de l'État⁴ dispose que, sauf disposition particulière, les créances à charge de l'État se prescrivent par cinq ans à partir du premier janvier de l'année budgétaire au cours de laquelle elles sont nées. Le tribunal de première instance de Bruxelles rappelle l'application de cette disposition aux actions intentées sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil, au regard des jurisprudences de la Cour de cassation et de la Cour constitutionnelle⁵.

Relativement à la prise de cours du délai, il convient de déterminer quand le préjudice et l'identité du responsable pouvaient être connus par le demandeur en responsabilité.

Le tribunal retient que le préjudice fut constaté au moment de la naissance des demandeurs et que l'action aurait dû être introduite dans les cinq ans suivant le 1^{er} janvier de l'année au cours de laquelle leur créance est née, reportée à l'année de leur majorité⁶, soit entre le 1^{er} janvier 1986 et le 1^{er} janvier 1988. L'argument des demandeurs relatif à l'évolution constante des lésions et, par-

³ Civ. Bruxelles (11^e ch.), 21 novembre 2011, R.G. n° 10/12215, *Condotta e.a. c. État belge*.

⁴ Ayant repris l'article 1^{er} de la loi du 6 février 1970 relative à la prescription des créances à charge ou au profit de l'État et des provinces.

⁵ Cass., 14 avril 2003, *R.W.*, 2003-2004, p. 460; Cass., 29 septembre 2005, *Pas.*, 2005, I, p. 1760; Cass., 16 février 2006, *Pas.*, 2006, I, p. 397; C.C., 20 juin 2007, arrêt n° 90/2007; C.C., 26 septembre 2007, arrêt n° 122/2007; C.C., 4 octobre 2007, arrêt n° 124/2007; C.C., 14 février 2008, arrêt n° 17/2008; C.C., 3 juillet 2008, arrêt n° 97/2008. Voy. M. KAISER, «La prescription des dettes et des créances des pouvoirs publics : un domaine en pleine mutation», *A.P.T.*, 2014/2, p. 119; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *Le fait générateur et le lien causal*, coll. Les dossiers du J.T., n° 74, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 447-451.

⁶ La prescription ne court pas contre les mineurs (art. 2252 du Code civil).

tant, à l'absence de consolidation de leur dommage, est rejeté. Il en va de même du moyen pris de la renonciation à invoquer la prescription, que le tribunal n'admet pas s'agissant d'une prescription d'ordre public. En outre, la décision du conseil des ministres portée par le communiqué du 22 mars 2010 et la lettre de la ministre du 21 avril 2010 – intervenue à un moment où la prescription était déjà acquise – ne contenaient aucune reconnaissance de responsabilité, de sorte que l'État belge ne pouvait avoir renoncé, ni expressément ni tacitement, à invoquer la prescription : « Il s'agit d'une décision purement politique, qui n'a en outre pas pu être concrétisée en raison de la crise gouvernementale et de la chute du gouvernement. Elle ne lie du reste pas le prochain gouvernement auquel il appartiendra de décider de poursuivre ou non le projet »⁷.

7. La procédure d'appel. La demande est réitérée devant la cour d'appel, à la différence qu'une partie des appelants fait valoir cette fois, à titre subsidiaire, la théorie de l'engagement par déclaration unilatérale de volonté. Sur cette base, les victimes sollicitent la condamnation de l'État belge « à constituer, dans les 3 mois de la décision à intervenir et sous peine d'une astreinte de 5.000 euros par jour de retard, une fondation d'utilité privée à laquelle sera attribuée une somme de 5.000.000,00 euros, [...] et dont l'objet social sera l'octroi d'une somme forfaitaire à chaque victime née en Belgique entre le 1^{er} janvier 1958 et le 1^{er} avril 1963 [...] ».

2. Le rejet de la responsabilité des pouvoirs publics

a) Sur la recevabilité

8. L'argument de la prescription. Tant devant le premier juge que devant la cour d'appel, l'État belge opposait à l'action en responsabilité une fin de non-recevoir, déduite de la prescription.

Malgré les termes du jugement entrepris qui fait droit à l'argument de la prescription et la réitération, par l'État belge, de cette fin de non-recevoir⁸, l'arrêt du 22 février 2018⁹ ne se penche à aucun moment sur la prescription de l'action en responsabilité. Ceci ne manque pas d'étonner. Dès lors que la demande est jugée non fondée (voy. ci-dessous), c'est qu'il est admis, implici-

⁷ Le tribunal ajoute : « Conformément à l'article 2222 du Code civil, "Celui qui ne peut aliéner ne peut renoncer à la prescription acquise". Par conséquent, s'il avait entendu renoncer à la prescription acquise – ce qui constitue un acte de disposition –, l'État belge aurait dû le faire au travers d'une décision issue de la délibération des organes gouvernementaux, inexistante en l'espèce ».

⁸ Certains appelants demandaient, le cas échéant, qu'une question préjudicielle soit posée à la Cour constitutionnelle, concernant la différence de traitement entre les victimes d'une faute extracontractuelle imputable aux pouvoirs publics et celles d'une faute imputable à d'autres justiciables, si l'article 1^{er} de la loi du 6 février 1970 (*supra*, note 4) devait être interprété comme n'offrant pas la possibilité d'agir dans les cinq ans de la connaissance d'une aggravation du dommage, contrairement à ce que permet l'article 2262bis du Code civil (p. 21 du jugement du tribunal de première instance).

⁹ Bruxelles (18^e ch. F), 22 février 2018, R.G. n^{os} 2012/AR/297, 2012/AR/960, 2012/AR/1207, 2012/AR/1372, *Dury e.a. c. État belge*.

tement mais certainement, que l'action était recevable : il y a dans ce cas autorité implicite de chose jugée¹⁰. La motivation de l'arrêt serait donc critiquable, puisqu'un débat s'était noué sur la recevabilité et que celui-ci n'est pas rencontré. Cependant, l'intérêt à se pourvoir en cassation ne semble pas établi dans le chef d'une partie qui concluait, à titre principal, à l'irrecevabilité de l'action, si celle-ci est finalement déclarée non fondée.

b) Sur le fond

9. Aperçu. Deux griefs étaient invoqués par les victimes recherchant la responsabilité civile de l'État belge.

10. L'absence de vérification préalable du Softenon. Le premier concerne la mise en vente du produit, qui aurait dû être précédée de la preuve de l'absence de danger en cas d'utilisation pendant la grossesse, voire d'un contrôle et d'une analyse préalables. C'est l'absence d'un système de pharmacovigilance digne d'un État moderne et civilisé qui est pointée du doigt, notamment au vu de l'inexistence d'un organisme de contrôle efficace.

Après avoir relevé que la compétence d'autorisation et le pouvoir de retrait d'autorisation appartenaient au pouvoir exécutif¹¹, la cour d'appel considère que ce dernier n'a pas manqué, en l'espèce, à son devoir de prudence et de diligence. Le juge pointe l'insuffisance technique des tests réalisés à l'époque, alors qu'il était très difficile d'identifier, dans les premiers mois du scandale, la thalidomide comme source des malformations observées. Le médicament n'est en effet tératogène¹² qu'à une période très précoce de la grossesse, alors même que la femme peut encore ignorer qu'elle est enceinte. En outre, un seul comprimé est suffisant pour induire une malformation fœtale. Dans les années 1950, les tests explorant le risque tératogène d'un médicament étaient encore balbutiants. Dans un contexte de diffusion très large de la thalidomide, il était donc particulièrement difficile d'identifier les mères ayant fait usage du médicament

¹⁰ Lorsque le juge statue sur le fond du litige, il tranche implicitement la question de sa compétence et de la recevabilité de l'action. Cette décision a autorité de chose jugée. La jurisprudence semble, après quelques remous, établie en ce sens, voy. Cass., 5 avril 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 920; Cass., 4 décembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 416; Cass., 28 juin 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 315. Voy. aussi J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK et Fr. BALOT, « L'autorité de la chose jugée happée par la concentration du litige », in *L'effet des décisions de justice*, coll. CUP, vol. 102, Liège, Anthémis, 2008, spéc. pp. 200 et s. Comme le relevait le premier juge, « la prescription provoque [...] l'extinction du droit à agir, c'est-à-dire du droit de soumettre la question litigieuse au juge, d'obtenir une décision sur le fond de la prétention. Bien que le droit subjectif du demandeur subsiste, il ne peut plus fonder une action en justice. Dans une telle hypothèse, le juge n'est pas régulièrement saisi, puisque le demandeur ne dispose plus du droit de le saisir. Par conséquent, si le tribunal constate que l'action des demandeurs est prescrite, il ne pourra pas examiner le bien-fondé de la demande qui lui est soumise » (souligné par le tribunal).

¹¹ À l'époque des faits, en vertu de la loi du 9 juillet 1958 ayant pour objet l'introduction d'une nouvelle pharmacopée officielle, modifiée par une loi du 4 août 1980, spéc. art. 4. Depuis lors, la matière est régie par la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments, *M.B.*, 17 avril 1964.

¹² C'est-à-dire source de malformations fœtales.

et de lier celui-ci à une atteinte fœtale. Ce n'est que le 28 avril 1962 qu'un certain effet tératogène de la thalidomide fut scientifiquement confirmé, alors que les investigations se poursuivaient encore. La cour en conclut qu'« On ne peut donc, au vu des circonstances et connaissances de l'époque, reprocher à l'État belge de n'avoir pas exigé du fabricant des tests complémentaires ou de n'avoir pas soumis les produits aux tests d'un organe indépendant, que ce soit par un texte législatif ou réglementaire. En outre, l'eût-il fait, il n'est nullement établi que le *Softenon* aurait révélé ses propriétés tératogènes lors de nouveaux tests et n'aurait pas été autorisé ».

Les victimes insistaient sur le fait que des cas de névrites graves avaient déjà été observés dès l'année 1958, ce qui aurait dû alerter les pouvoirs publics sur la toxicité de la thalidomide. Mais, au vu des pièces produites, la cour estime que l'État ne disposait d'aucune information éclairée de la part des milieux scientifiques belges ou d'autorités sanitaires d'autres pays avant que n'éclate la crise du *Softenon* à la fin de l'année 1961. Dans ce contexte, il n'est pas établi qu'un organe de contrôle créé en temps utiles¹³ aurait nécessairement permis d'éviter la vente du *Softenon* sur le territoire national.

11. Le retard relatif à l'interdiction de vente. Le second grief a trait à la tardiveté des réactions de l'État, après les premières révélations sur les dangers de la thalidomide et l'annonce du retrait des produits à partir du mois de novembre 1961.

Selon la cour, « Il ne peut être considéré que pendant les premières semaines qui suivent l'éclatement du scandale fin novembre 1961 le gouvernement et le ministre se rendent coupables d'une carence fautive en n'adoptant pas un arrêté royal ou un arrêté ministériel pour interdire la vente des spécialités en cause, comme le feront plus tard les arrêtés ministériels du 14 juin 1962 et suivants. En effet, dès le 1^{er} décembre 1961, l'importateur belge COLES rappelle les spécialités en cause auprès de tous les pharmaciens et grossistes et ceux-ci exposent leur responsabilité personnelle en ne s'y conformant pas ; les autorités publiques peuvent légitimement s'attendre à ce que des pharmaciens, soucieux de la santé de leurs clients, s'y conforment et ne persistent pas à écouler des produits suspectés gravement toxiques. Au demeurant, s'il semble que certains pharmaciens failliront gravement à leurs obligations professionnelles, la cour n'en connaît pas le nombre et sans doute ne s'agit-il que d'une petite minorité si l'on en juge par le nombre d'appelants conçus au cours de l'année 1962 ».

La cour va néanmoins retenir une faute dans le chef de l'État, tout en considérant que le lien causal avec le préjudice subi n'est pas établi à suffisance.

Pour la cour, l'attentisme des autorités cesse en effet d'être admissible à partir du constat, en février, puis mars et avril 1962, que de nouveaux avis de

¹³ Une Commission des spécialités fut instaurée par un arrêté royal du 6 juin 1960 relatif à la fabrication, à la préparation et à la distribution en gros de médicaments et à leur dispensation. À cette date, trois des quatre autorisations d'exploitation du *Softenon* avaient déjà été délivrées.

rappel ont dû être émis à l'attention des pharmaciens, signe que des médicaments demeuraient en circulation. Elle juge excessive l'exigence d'une certitude scientifique (non encore établie à ces dates) dans le chef d'une autorité normalement prudente et vigilante face à un risque grave et avéré de toxicité. L'absence d'adoption de mesures réglementaires est constitutive d'une faute dans le chef de l'État belge.

L'examen du lien causal pose cependant question dès lors que la plupart des appelants étaient déjà nés ou en gestation depuis plusieurs mois (et donc déjà atteints) à la fin février 1962. Seule une partie au procès naîtra en décembre 1962. Faute pour elle d'établir la date d'acquisition du *Softenon* par sa mère¹⁴ (avant ou après le mois de mars 1962, moment où une interdiction réglementaire aurait dû être prise), le lien causal avec les malformations congénitales n'est, selon les juges, pas prouvé avec certitude.

3. L'engagement par déclaration unilatérale de volonté

12. La théorie de l'engagement par volonté unilatérale. C'est finalement sous l'angle de l'engagement par déclaration unilatérale de volonté que les victimes vont obtenir gain de cause. La demande formée à titre subsidiaire par certains appelants ne pose guère de problème en termes de prescription. Les actes invoqués remontent en effet aux 22 mars et 21 avril 2010. La citation ayant été signifiée le 13 septembre 2010, la demande respecte le délai de prescription quinquennale des créances à charge de l'État.

13. L'importance de la lettre du 21 avril 2010. Repartant de la lettre du 21 avril 2010, la cour d'appel y voit « incontestablement » un engagement unilatéral, « de surcroît confirmé publiquement par un communiqué de presse officiel du 22 mars 2010 » : « Cet engagement par déclaration unilatérale de volonté ainsi extériorisé l'a été sans être assorti d'une quelconque réserve et, accepté par les appelants, il lie l'État belge non pas seulement envers les appelants qui en exige (*sic*) le respect mais envers, selon ses termes, toute personne « dont il sera démontré qu'elle souffre de malformations congénitales liées à la prise par la mère pendant la grossesse d'un des médicaments distribués en Belgique par la firme R. COLES, contenant de la thalidomide » ».

L'arrêt poursuit : « Il importe peu, au regard de sa validité, que cet engagement unilatéral ne contienne aucune reconnaissance de responsabilité de la part de l'État belge dans le drame du *Softenon*. Il n'est en effet pas requis de rechercher la cause d'un tel engagement dans un devoir moral ou de conscience de réparer une faute ; la volonté d'un État de soutenir les victimes d'un drame

¹⁴ L'arrêt note qu'en 1962, les différentes spécialités du *Softenon* étaient en vente libre depuis des mois. Elles étaient également consommées pour favoriser l'endormissement et lutter contre l'anxiété au point que la thalidomide sous ses différentes formes était le troisième produit médicamenteux mondialement consommé.

social, tel celui du *Softenon*, suffit (ainsi l'État veille-t-il également à venir au secours des victimes de certaines catastrophes naturelles).

14. Les arguments de l'État belge. L'État objectait que seule la Chambre des représentants était compétente pour autoriser l'engagement d'une dépense de l'ordre de 5 millions d'euros à une fondation dont la constitution était envisagée, conformément au principe consacré à l'article 174 de la Constitution. Il admettait cependant qu'un avant-projet de texte avait été rédigé, destiné à être intégré dans l'avant-projet de loi-programme accompagnant le premier ajustement budgétaire. Si la cour relève effectivement l'incompétence de la ministre de la Santé ou du conseil des ministres pour décider de l'allocation d'un quelconque montant à la fondation à créer, elle décide néanmoins que « l'État belge a d'ores et déjà pris en avril 2010 les engagements (i) de créer une fondation destinée aux victimes de la thalidomide et (ii) de soumettre à la Chambre des représentants un projet de loi visant à attribuer à cette fondation une allocation de 5.000.000 d'euros ».

Bien que le gouvernement soit ensuite tombé en « affaires courantes », l'arrêt retient que l'engagement a été pris en période de pleins pouvoirs : l'acte « a conservé et conserve, depuis qu'il a été porté à la connaissance des appelants qui l'ont accepté, sa force obligatoire ; la crise gouvernementale n'a pas eu pour effet de l'éteindre, pas plus qu'elle ne met fin aux conventions valablement conclues et aux engagements internationaux valablement contractés avant sa survenance ».

15. La condamnation de l'État belge. Au terme du dispositif de l'arrêt du 22 février 2018, la cour d'appel de Bruxelles dit dès lors fondée la demande subsidiaire portant sur l'engagement par déclaration unilatérale de volonté. Elle condamne, sur cette base, l'État belge, représenté par la ministre des Affaires sociales et de la Santé publique, « à présenter à la Chambre des représentants un avant-projet de loi à insérer dans la prochaine loi budgétaire, tel celui reproduit sous le point 58 du présent arrêt en vue de la constitution d'une fondation d'utilité privée visée par cet avant-projet ».

C. Les suites de l'affaire *Softenon*

16. Le pourvoi en cassation. Un pourvoi en cassation est introduit contre l'arrêt du 22 février 2018. À l'heure d'écrire ces lignes, l'issue n'en est pas encore connue. L'arrêt à intervenir revêtira sans doute une importance toute particulière en ce qui concerne l'application de la théorie de l'engagement par déclaration unilatérale de volonté aux pouvoirs publics.

17. La loi du 5 mai 2019. En attendant, sous la pression notamment du Parlement européen¹⁵, l'État belge a montré que sa sensibilité à la situation de ceux qu'on a appelés, à l'époque, « bébés *Softenon* » était réelle. C'est ainsi que le 5 mai 2019 est adoptée une loi relative à l'octroi d'une somme forfaitaire en faveur des personnes atteintes de malformations congénitales dues à l'ingestion par leur mère pendant la grossesse de médicaments contenant de la thalidomide. Cette loi, publiée au *Moniteur belge* le 16 mai 2019, prévoit l'allocation, à toute personne née sur le territoire belge ou de nationalité belge et atteinte des malformations précitées, d'une somme forfaitaire unique de 125.000 euros (art. 2). Une indemnité plus réduite est prévue en faveur des parents de la personne handicapée en cas de prédécès de celle-ci (art. 3). La demande doit être introduite auprès de la CAAMI dans un délai de deux ans à dater de la publication de la loi (art. 6). Il est précisé que les indemnités qu'elle prévoit n'affectent pas les montants, les soins, les aides matérielles, humaines, techniques ou d'autres formes d'aide ni les droits dont bénéficieraient les personnes visées aux articles 2 et 3 en vertu d'autres dispositions (art. 8).

Section 2

L'engagement par déclaration unilatérale de volonté

A. Définition, consécration et fondement(s) de l'engagement par déclaration unilatérale de volonté

18. L'engagement par volonté unilatérale : définition. La théorie de l'engagement unilatéral, aussi dénommée¹⁶ « engagement par volonté unilatérale » ou « engagement par déclaration unilatérale de volonté », « engagement par déclaration de volonté unilatérale » ou encore « promesse unilatérale »¹⁷, « considère qu'il est possible qu'un acte juridique unilatéral ait pour effet immédiat la

¹⁵ Résolution 2016/3029/RSP du 15 décembre 2016 sur le soutien aux survivants de la thalidomide, prise en considération notamment d'une défaillance majeure de la surveillance pharmaceutique à l'époque des faits. Cette résolution presse « les États membres et la Commission de coordonner des actions et des mesures visant à reconnaître officiellement et à indemniser les survivants de la thalidomide » (art. 1^{er}) et demande « instantanément à la Commission de créer un protocole-cadre au niveau européen permettant à tous les citoyens européens victimes de la thalidomide de recevoir des indemnités similaires, quel que soit leur État membre d'origine, et d'établir un programme européen d'assistance et de soutien (comprenant à la fois des dispositions financières et d'assistance) pour les victimes de la thalidomide et leurs familles » (art. 5).

¹⁶ Voy., sur les différentes dénominations, P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général des obligations*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 55. On notera que la notion d'engagement par déclaration unilatérale de volonté souligne davantage le fait que « pour produire des effets juridiques, la volonté doit [...] être extériorisée » (L. SIMONT, « L'engagement unilatéral », in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Dalloz, 1994, p. 25).

¹⁷ C. CAUFFMAN, « La promesse unilatérale : source d'obligations en droit privé européen ? », in C. Cauffman, J. De Coninck et N. Van Leuven, *Droit des contrats. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 5-74.

naissance dans le chef de l'auteur de l'acte d'une obligation découlant de l'acte juridique unilatéral lui-même. Dans certains cas, celui qui s'engage à effectuer une prestation y serait tenu en raison de sa seule promesse et indépendamment de l'acceptation du créancier¹⁸. On reconnaît ainsi à l'auteur d'un acte le pouvoir de créer, par la simple émission de sa volonté, des obligations qui naissent dans son chef, et ce, sans qu'une acceptation du créancier soit nécessaire¹⁹.

19. Les catégories d'actes juridiques unilatéraux. L'engagement par déclaration unilatérale de volonté appartient à la catégorie des actes juridiques unilatéraux que l'on distingue des actes juridiques bilatéraux²⁰. Ces actes juridiques s'opposent, conformément à la *summa divisio* qui transcende le droit des obligations, aux faits juridiques.

Plusieurs distinctions doctrinales sont, en réalité, opérées au sein des actes juridiques unilatéraux.

Philippe Jestaz fait ainsi le départ entre les actes juridiques unilatéraux qui « n'engagent pas » (par exemple, le testament), ceux qui « bien que n'engageant pas directement, déclenchent l'application d'un statut légal emportant obligation » (par exemple, l'acceptation d'une succession, la reconnaissance de paternité...) et ceux qui créent des obligations (par exemple, l'offre)²¹. Lucien Simont distingue quant à lui « les actes juridiques unilatéraux consacrés par le droit positif qui en détermine les effets » (reconnaissance d'un enfant, acceptation d'une succession, résiliation unilatérale), les « cas où l'adhésion du souscripteur à un mécanisme organisé par la loi entraîne pour lui la soumission aux obligations légales dont ce mécanisme est assorti » (signature d'une lettre de change, souscription à la constitution d'une société, constitution d'une S.P.R.L.U...) et les cas où « les obligations auxquelles se soumet l'auteur de l'engagement unilatéral ne découlent pas de la loi » (garantie à première demande²², émission d'un crédit irrévocable, offre, promesse de récompense...) ²³. C'est sur cette dernière catégorie d'actes juridiques unilatéraux que nous nous attarderons.

20. L'évolution doctrinale. La notion d'engagement par volonté unilatérale puise ses racines dans les écrits des juristes autrichien et allemand Hein-

rich Siegel²⁴ et Johannes E. Kuntze²⁵. Les travaux de ces auteurs sont ensuite relayés en France par Alfred Rieg²⁶ et Léon Dabin^{27 28}. Ils ne manquent pas de diviser la doctrine. Tandis que MM. Worms²⁹, Gény³⁰, Colin et Capitant³¹, Josserand³², Demogue³³ sont favorables à ce concept, d'autres tels que Planiol et Ripert³⁴, Thaller³⁵, Marty et Raynaud³⁶, Flour et Aubert³⁷ se montrent fort réticents à l'adoption d'une théorie de l'engagement par volonté unilatérale³⁸.

En Belgique, c'est à Henri De Page que l'on fait généralement remonter les origines de l'institution dans notre droit positif. Dans le tome II de son *Traité élémentaire de droit civil belge* paru en 1934, l'auteur estime déjà que la classification des sources des obligations issue de l'article 1370 du Code civil est incomplète : « la volonté unilatérale tend à notre époque – et sauf controverse – à prendre place parmi les sources d'obligations »³⁹. Deux ans plus tard, il ajoute que « rien ne s'oppose, semble-t-il, à admettre l'engagement par volonté

²⁴ H. SIEGEL, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht. Eine germanistische Studie*, Berlin, Vahlen, 1873 cité par C. CAUFFMAN, « De verbindende eenzijdige belofte: een bron van gebondenheid in het Europees privaatrecht? », *R.G.D.C.*, 2006, p. 13.

²⁵ J.E. KUNTZE, *Die Lehre von den Inhaberpapieren oder Obligationem au porteur, rechtsgeschichtlich, dogmatisch und mit Berücksichtigung der deutschen Partikularrechte*, Leipzig, 1857 cité par C. CAUFFMAN, « De verbindende eenzijdige belofte: een bron van gebondenheid in het Europees privaatrecht? », *op. cit.*, p. 13.

²⁶ A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil, français et allemand*, Paris, L.G.D.J., 1961, cité par M. COIPEL, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale et son intérêt particulier en droit des sociétés », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 22.

²⁷ Sur l'historique de cette théorie, voy. C. CAUFFMAN, « De verbindende eenzijdige belofte: een bron van gebondenheid in het Europees privaatrecht? », *op. cit.*, pp. 3-38.

²⁸ P. VAN OMMESSLAGHE, « L'engagement par volonté unilatérale en droit belge », *op. cit.*, p. 147.

²⁹ R. WORMS, *De la volonté unilatérale envisagée comme source d'obligations*, thèse, Paris, 1981, cité par M. COIPEL, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale et son intérêt particulier en droit des sociétés », *op. cit.*, p. 22.

³⁰ Fr. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé*, t. II, 2^e éd., n° 172bis, cité par M. COIPEL, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale », *op. cit.*, p. 69, note 25.

³¹ COLIN et CAPITANT, *Droit civil*, t. 2, 8^e éd., 1935, n°s 170 et s., cité par M. COIPEL, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale », *R.C.J.B.*, 1980, p. 69, note 26.

³² JOSSEAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, 1939, n°s 395-399, cité par M. COIPEL, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale », *R.C.J.B.*, 1980, p. 69, note 27.

³³ DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. I, 1923, pp. 51 et s., cité par M. COIPEL, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale », *R.C.J.B.*, 1980, p. 69, note 28.

³⁴ PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil*, 2^e éd., t. VI, par P. ESMEIN, pp. 9 et s., cités par M. COIPEL, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale », *R.C.J.B.*, 1980, p. 69, note 29 et J. VAN RYN, « L'engagement par déclaration unilatérale de volonté en droit commercial », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1963, p. 959, note 5.

³⁵ THALLER, « De la nature juridique du crédit », *Annales de droit commercial*, 1900, n°s 47-50, cité par M. COIPEL, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale », *R.C.J.B.*, 1980, p. 69, note 30.

³⁶ MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, t. II, vol. 1, *Les obligations*, 1962, pp. 276-280, cité par M. COIPEL, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale », *R.C.J.B.*, 1980, p. 69, note 34.

³⁷ FLOUR et AUBERT, *Les obligations*, vol. I, 1975, n°s 492-496, cités par M. COIPEL, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale », *R.C.J.B.*, 1980, p. 69, note 36.

³⁸ Voy. sur ces courants, H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, *Les obligations (seconde partie)*, Bruxelles, Bruylant, 1936, p. 60, notes 2 et 3.

³⁹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les incapables. Les obligations (première partie)*, Bruxelles, Bruylant, 1934, pp. 380-381.

¹⁸ M. COIPEL, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale », note sous Cass., 18 décembre 1974, *R.C.J.B.*, 1980, p. 70.

¹⁹ P. VAN OMMESSLAGHE, « L'engagement par volonté unilatérale en droit belge », *J.T.*, 1982, p. 144.

²⁰ Voy. A. DE BOECK, « De verbintenissen uit eenzijdige wilsverklaring », in S. Stijns et P. Wéry, *De bronnen van niet-contractuele verbintenissen*, Bruges, de Keure, 2007, p. 22.

²¹ Ph. JESTAZ, « L'engagement par volonté unilatérale », in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Dalloz, 1994, p. 8.

²² Voy. pour de la jurisprudence à cet égard, Bruxelles, 18 décembre 1981, *J.T.*, 1982, p. 358; Anvers, 13 octobre 1982, *J.C.B.*, 1982, p. 642, note; Bruxelles, 25 février 1982, *J.C.B.*, 1982, p. 140; Comm. Bruxelles (prés.), 15 janvier 1980, *J.C.B.*, 1980, p. 147; Comm. Bruxelles (prés.), 23 décembre 1980, *Rev. banque*, 1981, p. 627; Comm. Bruxelles, 11 mars 1981, *J.C.B.*, 1981, p. 361, cités par P. VAN OMMESSLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974 à 1982), Les obligations », *R.C.J.B.*, 1988, p. 50.

²³ L. SIMONT, « L'engagement unilatéral », *op. cit.*, pp. 19-20.

unilatérale, qui a pour effet de lier le débiteur PAR SA SEULE VOLONTÉ, sans qu'il lui soit dès lors possible de se rétracter, de retirer sa promesse»⁴⁰.

Presque un demi-siècle plus tard, c'est au tour de Pierre Van Ommeslaghe de rompre une lance en faveur de l'engagement par volonté unilatérale⁴¹. Un consensus se dégage d'ailleurs progressivement en doctrine en faveur de la reconnaissance de cette théorie. Cette réflexion se développe parallèlement à la jurisprudence de la Cour de cassation.

Malgré l'évolution notable de la jurisprudence de notre Cour suprême, certains auteurs restent en retrait. On épingle les écrits d'auteurs notoires tels que Michel Coipel, Jean Van Ryn et Jacques Heenen (cf. *infra*, n° 24).

21. La consécration jurisprudentielle du principe : évolution⁴². La Cour de cassation est venue consacrer « par touches successives »⁴³ la théorie de l'engagement par déclaration de volonté unilatérale.

On voit déjà poindre l'engagement par déclaration de volonté unilatérale dans un arrêt de la Cour du 19 février 1970⁴⁴. L'affaire concernait un droit de préférence octroyé *intuitu personae* à un occupant, tiers au contrat de vente conclu par les parties. La cession ultérieure de ce droit posait question eu égard à son caractère *intuitu personae*. À l'occasion de cet arrêt, la Cour mentionne expressément l'engagement unilatéral comme source du droit de préférence du bénéficiaire-cédant⁴⁵.

Le moyen suivant lequel il appartenait au bénéficiaire d'accepter la modalité qui affectait le droit est rejeté par la Cour dans les termes suivants : « attendu qu'il apparaît ainsi que Granger, qui n'était pas partie à cet acte, étant devenu le bénéficiaire d'un droit de préférence par l'effet d'une déclaration de volonté unilatérale et conjointe de Lemahicu et du défendeur lui accordant cette faveur *intuitu personae*, n'avait pas à marquer son accord au sujet de cette modalité à laquelle ladite faveur était nécessairement subordonnée »⁴⁶.

La théorie de l'engagement unilatéral fait véritablement parler d'elle à l'occasion de l'arrêt du 18 décembre 1974⁴⁷. Se posait la question de la qualification des primes de fin d'années octroyées par un employeur à ses travailleurs. Le paiement de cotisations sociales était en effet tributaire de la qualification de ces primes en rémunérations au sens de la loi du 12 avril 1965. La Cour décide que : « Overwegende dat een eindejaarspremie die volgens algemene normen

in verhouding tot de door de werknemers verrichte arbeid is vastgesteld, loon is, wanneer de werknemers hun recht daarop ontlenen, niet alleen aan een overeenkomst, maar ook aan een eenzijdige»⁴⁸, door de werkgever aangegane verbintenissen»⁴⁹.

Le fait de préciser que le droit des travailleurs à une prime de fin d'année peut découler d'une obligation unilatérale souscrite par l'employeur vient apporter une nouvelle pierre à l'édifice⁵⁰. L'arrêt est d'ailleurs rendu sur les conclusions conformes de l'avocat général Lenaerts⁵¹, lequel s'inspire très clairement des écrits de Henri De Page comme en témoigne l'extrait suivant :

«Hoe onzeker de terminologie van het Burgerlijk Wetboek op dit punt ook moge zijn, het lijdt geen twijfel dat een verbintenis niet noodzakelijk uit de wilsovereenstemming van twee partijen ontstaat maar ook zijn oorsprong laat vinden in een eenzijdige wilsuiging, m.a.w. niet alleen de overeenkomst maar ook wat De Page «l'engagement par volonté unilatérale» noemt is bron van verbintenissen»⁵². Il ajoute encore : «Dat ook een eenzijdige wilsuiging bron van verbintenissen kan zijn, heeft het arbeidshof kennelijk uit het oog verloren».

Aux yeux de Pierre Van Ommeslaghe, cette décision revêt une importance considérable puisqu'elle consacre la «possibilité de la souscription d'une obligation par une déclaration unilatérale de volonté»⁵³. Cet avis ne fait toutefois pas l'unanimité. Dans ses conclusions rendues à l'occasion d'un arrêt ultérieur, le procureur général Dumon critique l'interprétation trop large donnée à l'arrêt de 1974 par Pierre Van Ommeslaghe⁵⁴. Michel Coipel remet également en cause l'intérêt d'une telle théorie. Il entend démontrer dans la note publiée sous l'arrêt que les institutions juridiques existantes fournissent une explication plus satisfaisante⁵⁵.

⁴⁸ Nous mettons en italique.

⁴⁹ Cass., 18 décembre 1974, *Arr. cass.*, 1975, p. 460 (spéc. p. 462).

⁵⁰ L. SIMONT, «L'engagement unilatéral», *op. cit.*, p. 35.

⁵¹ Conclusions avocat général LENAERTS précédant Cass., 18 décembre 1974, *J.T.T.*, 1975, pp. 53-55.

⁵² «Quelqu'incertaine que puisse être la terminologie du Code civil sur ce point, il n'y a aucun doute qu'une obligation ne naît pas nécessairement d'un concours de volonté de deux parties mais peut également trouver son origine dans une déclaration unilatérale de volonté, en d'autres termes non seulement la convention mais aussi ce que De Page appelle "l'engagement par volonté unilatérale" est une source d'obligation» (traduction reprise de L. SIMONT, «L'engagement unilatéral», *op. cit.*, p. 35).

⁵³ P. VAN OMMEFLAGHE, «L'engagement par volonté unilatérale en droit belge», *op. cit.*, p. 147.

⁵⁴ Concl. avocat général DUMONT précédant Cass., 28 avril 1978, *Arr. cass.*, 1978, II, pp. 1016-1020 : «Het arrest beslist niets anders. Het Hof neemt gewis geen stelling over de eenzijdige verbintenissen in het algemeen. Het is overigens essentieel het te onderstrepen dat de toekenning van zulke premie door de werkgever aan zijn werknemers opgenomen wordt in contractuele betrekkingen en dat zij overigens afhankelijk wordt gesteld van de tegenprestaties van de werknemers. Men kan dus bezwaarlijk oordelen dat het Hof stelling genomen heeft over de rechtsgevolgen van echte eenzijdige verbintenissen en dus van al de eenzijdige verbintenissen».

⁵⁵ M. COIPEL, «La théorie de l'engagement par volonté unilatérale», *op. cit.*, pp. 65-92.

⁴⁰ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, *Les obligations (seconde partie)*, *op. cit.*, p. 60.

⁴¹ P. VAN OMMEFLAGHE, «L'engagement par volonté unilatérale en droit belge», *op. cit.*, pp. 147 et s.

⁴² Voy. pour un panorama jurisprudentiel détaillé, L. SIMONT, «L'engagement unilatéral», *op. cit.*, pp. 33 et s.

⁴³ P. VAN OMMEFLAGHE, «L'engagement par volonté unilatérale en droit belge», *op. cit.*, p. 149.

⁴⁴ Cass., 19 février 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 542. Voy. sur cet arrêt, L. SIMONT, «L'engagement unilatéral», *op. cit.*, p. 34.

⁴⁵ L. SIMONT, «L'engagement unilatéral», *op. cit.*, p. 34.

⁴⁶ Cass., 19 février 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 542.

⁴⁷ Cass., 18 décembre 1974, *Pas.*, 1975, I, p. 425, *Arr. cass.*, 1975, p. 460. Voy. sur cet arrêt, E. DIRIX et A. VAN OVELEN, «Kroniek», *R.W.*, 1980-1981, col. 2367 et s.

Quelques années plus tard, la Cour est saisie à nouveau de la question de la nature des primes. L'engagement unilatéral est présenté comme une source d'obligations⁵⁶ dans les arrêts du 20 avril 1977⁵⁷ et du 3 avril 1978⁵⁸.

Dans le droit fil de sa jurisprudence, la Cour décide en effet que «Attendu que pour que des primes de fin d'année et des avantages similaires soient compris dans la notion de "rémunération", il n'est pas requis que leur octroi ait été stipulé par les parties ou que l'employeur ait à cet égard unilatéralement souscrit une obligation ou soit tenu en vertu d'une loi, d'une convention collective de travail ou d'un [ou de l']⁵⁹ usage»⁶⁰.

Dans un arrêt du 28 avril 1978⁶¹ où il était question de l'application de l'article 1326 du Code civil à une garantie émise par déclaration unilatérale, la Cour s'exprime en des termes non équivoques : «l'arrêt pouvait dès lors, se référer à l'article 1326 [...] il ne confond nullement les conventions unilatérales et les obligations nées d'une déclaration de volonté unilatérale».

Deux arrêts du 9 mai 1980⁶² font encore grand bruit.

À l'époque, suite au choc pétrolier, le coût des produits bitumeux flambe. Plusieurs entrepreneurs invoquent le bénéfice de l'article 16B du cahier des charges de l'État belge qui permet aux adjudicataires de solliciter une révision du marché lorsqu'ils subissent un préjudice en raison de circonstances imprévisibles au moment de la conclusion du marché ou du dépôt des soumissions, inévitables et insurmontables.

Dans le premier arrêt, l'entrepreneur se prévaut de la théorie de l'engagement unilatéral dès lors que le ministre, conscient du problème, avait adressé plusieurs circulaires (574-8 et 574-8bis) aux chefs de services et fonctionnaires compétents en vue de formuler des directives relatives à la conclusion et à la rédaction d'avenants. Pour cet entrepreneur, en adressant les lettres circulaires, le ministre s'est engagé par volonté unilatérale et ne peut se délier de ses engagements⁶³.

La question se posait dès lors de savoir si le ministre avait entendu se lier par l'envoi de ces lettres circulaires⁶⁴.

À l'occasion de cet arrêt, la Cour affirme que :

«Overwegende dat zo een eenzijdige wilsuiting van de minister overeenkomstig artikel 52 van het koninklijk besluit van 14 oktober 1964, de admi-

nistratie jegens de aannemer kan verbinden, uit het arrest echter blijkt dat de feitenrechter op grond van bepaalde extrinsieke gegevens, waaronder de omslandigheid dat de in het onderdeel vermelde omzendbrief aan de diensthoofden van het departement was gericht en niet aan de eiseres, impliciet doch zeker ook te kennen geeft dat de minister door deze omzendbrief niet de wil had zich jegens de aannemers te verbinden»⁶⁵.

Elle ajoute relativement à la troisième branche du premier moyen :

«Overwegende dat de bindende kracht van een aanbod haar grondslag vindt in een door een eenzijdige wilsuiting aangegane verbintenis;

Dat, zoals uit het antwoord op de tweede onderdeel blijkt, het arrest oordeelt dat de minister zich door de vermelde omzendbrief niet heeft willen verbinden, hetgeen het bestaan van een bindend aanbod uitsluit»⁶⁶.

La seconde affaire diffère quelque peu de la première dès lors que, *in casu*, l'administration avait adressé à l'entrepreneur un décompte à renvoyer signé pour acceptation, offre de contracter que celui-ci avait acceptée.

La Cour rappelle que la «force obligatoire d'une offre trouve son fondement dans un engagement résultant d'une manifestation de volonté unilatérale», mais rejette le pourvoi. Elle considère que c'est à bon droit que le juge du fond a estimé que l'administration n'avait pas voulu s'engager en envoyant le décompte.

Ces arrêts, qui «font figure d'arrêts emblématiques»⁶⁷, consacrent très clairement le principe de l'engagement par déclaration de volonté unilatérale comme source d'obligations⁶⁸.

Cette jurisprudence est confirmée par l'arrêt du 3 septembre 1981⁶⁹. Les faits présentent de nombreuses convergences dès lors qu'ils ont trait à l'engagement du ministre par le truchement de lettres circulaires envers des entre-

⁶⁵ «Si, conformément à l'article 52 de l'arrêté royal du 14 octobre 1964, la volonté unilatérale du ministre peut lier l'administration à l'égard de l'entrepreneur, il ressort toutefois de l'arrêt que le juge du fond considère aussi implicitement mais de manière certaine, sur la base de certains éléments extrinsèques, notamment de la circonstance que la lettre circulaire citée dans cette branche du moyen était adressée aux chefs de service du département et non à la demanderesse, que le ministre n'avait pas la volonté de se lier par cette lettre circulaire à l'égard des entrepreneurs» (*Pas.*, 1980, I, p. 1123).

⁶⁶ «Attendu que la force obligatoire d'une offre trouve son fondement dans un engagement par manifestation de volonté unilatérale; Que l'arrêt considère, ainsi qu'il ressort de la réponse à la deuxième branche du moyen, que le ministre n'a pas entendu se lier par ladite lettre circulaire, ce qui exclut l'existence d'une offre qui l'obligerait» (*Pas.*, 1980, I, p. 1123).

⁶⁷ P. WÉRY, «L'engagement par manifestation de volonté unilatérale», obs. sous Cass., 9 mai 1980, *J.T.*, 2018, p. 578.

⁶⁸ P. VAN OMMESSLAGHE, «L'engagement par volonté unilatérale en droit belge», *op. cit.*, p. 148; L. CORNELIS, note sous Cass., 3 septembre 1981, *Entr. et dr.*, 1982, p. 131; M. KRUTHOF, «Overzicht "Verbintenissen"», *T.P.R.*, 1983, p. 505; P.A. FORIERS, «Les contrats commerciaux (chronique de jurisprudence de 1970 à 1980)», *R.D.C.*, 1983, p. 108; P. VAN OMMESSLAGHE, «Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations», *R.C.J.B.*, 1988, pp. 48-49.

⁶⁹ Cass., 3 septembre 1981, *Entr. et dr.*, 1982, p. 131, note L. CORNELIS.

⁵⁶ L. SIMONT, «L'engagement unilatéral», *op. cit.*, p. 35.

⁵⁷ Cass., 20 avril 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 854.

⁵⁸ Cass., 3 avril 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 850.

⁵⁹ Formulation de Cass., 3 avril 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 850.

⁶⁰ Cass., 20 avril 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 854.

⁶¹ Cass., 28 avril 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 995.

⁶² Cass., 9 mai 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1120 et p. 1127. Voy. aussi Cass., 9 mai 1980, *Entr. et dr.*, 1981, p. 146, note M. SENELLE.

⁶³ L. SIMONT, «L'engagement unilatéral», *op. cit.*, p. 38.

⁶⁴ M. SENELLE, note sous Cass., 9 mai 1980, *Entr. et dr.*, 1981, p. 153.

preneurs⁷⁰. La solution donnée au litige diffère toutefois sensiblement⁷¹. Les juges du fond avaient en effet retenu dans le chef du ministre l'existence d'un engagement par déclaration de volonté unilatérale⁷².

À l'occasion de cet arrêt, la Cour décide que :

« Attendu que le juge du fond apprécie souverainement l'existence et la portée d'une manifestation de volonté pour autant qu'il ne méconnaisse pas la foi due aux pièces produites devant lui dont se déduirait cette manifestation de volonté ;

Attendu que d'une part, en ne se fondant pas sur les lettres des fonctionnaires des services techniques du département des travaux publics invoquées au moyen, l'arrêt n'a pu violer la foi due à celles-ci ;

Que, d'autre part, en précisant la volonté du ministre de modifier les conditions de l'entreprise, l'arrêt reconnaît à l'engagement du ministre, régulièrement notifié à la défenderesse, l'effet que, dans l'interprétation qu'il en donne, il a légalement entre les parties et ne méconnaît pas, dès lors, la force obligatoire de celui-ci »^{73 74}.

L'on retrouve la notion d'engagement unilatéral, sans toutefois pouvoir en tirer de grands enseignements, dans des arrêts subséquents du 16 mars 1989⁷⁵ et du 17 octobre 1991⁷⁶.

C'est à nouveau en matière de marchés publics et d'envol des prix des produits bitumeux que la Cour de cassation est amenée à se pencher sur la théorie de l'engagement par volonté unilatérale dans un arrêt du 27 mai 2002⁷⁷.

L'entrepreneur qui se pourvoit en cassation invoque notamment la manifestation de volonté unilatérale du ministre en se fondant sur les circulaires 574-8 et 574-8bis.

⁷⁰ Voy. sur cette décision, P. VAN OMMESSLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations », *op. cit.*, p. 49.

⁷¹ Voy. sur la mise en parallèle des arrêts du 9 mai 1980 et du 3 septembre 1981, L. CORNELIS, note sous Cass., 3 septembre 1981, *op. cit.*, pp. 136-143.

⁷² Voy. sur l'arrêt attaqué, Bruxelles, 6 novembre 1979, *Ent. et dr.*, 1979, p. 371. La Cour de cassation casse l'arrêt attaqué mais uniquement relativement au calcul des intérêts, et non en ce qui concerne l'interprétation des circulaires ministérielles (voy. L. CORNELIS, note sous Cass., 3 septembre 1981, *op. cit.*, p. 140).

⁷³ Cass., 3 septembre 1981, *Ent. et dr.*, 1982, p. 131, note L. CORNELIS.

⁷⁴ Voy. sur cet arrêt, P. VAN OMMESSLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations », *op. cit.*, p. 49.

⁷⁵ Cass., 16 mars 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 737 : « Qu'en tant qu'il condamne les demandeurs sur la base de l'engagement précité, au motif que la condition est réalisée, sans constater que le défendeur aurait transformé cet engagement unilatéral en un contrat de vente par la levée de l'option dans le délai fixé, l'arrêt qui attribue audit engagement les effets d'un contrat de vente viole les dispositions légales invoquées en ces branches des moyens ».

⁷⁶ Cass., 17 octobre 1991, R.G. n° 9219, inédit cité par L. SIMONT, « L'engagement unilatéral », *op. cit.*, p. 44.

⁷⁷ Cass., 27 mai 2002, *Pas.*, 2002, p. 1216.

La Cour rejette le pourvoi et rappelle :

« Attendu que, conformément à l'article 52, une manifestation de volonté unilatérale du ministre peut lier l'administration à l'égard de l'entrepreneur ;

Que le juge du fond apprécie souverainement en fait l'existence et la portée d'une manifestation de volonté à condition qu'il ne méconnaisse pas la foi due aux actes dont cette manifestation est déduite ».

L'arrêt du 14 mai 2007⁷⁸, aux termes duquel la Cour refuse de reconnaître l'existence d'un principe général de droit selon lequel « une manifestation unilatérale de volonté fait naître des obligations », aurait pu être perçu comme un coup d'arrêt de la théorie.

Pour Patrick Wéry et Pierre Van Omme slaghe, il n'en est rien⁷⁹ vu que le principe énoncé par le demandeur en cassation était formulé en des termes trop imprécis. Caroline Cauffman considère par ailleurs que « Dit is wellicht te verstaan in die zin dat de verbindende kracht van de eenzijdige belofte op zichzelf geen algemeen rechtsbeginsel is omdat zij slechts een toepassing is van de wilsautonomie en de vertrouwensleer »⁸⁰.

22. Les obstacles à surmonter. De nombreuses objections⁸¹ ont été formulées à l'encontre de la reconnaissance de l'engagement par déclaration de volonté unilatérale comme source autonome d'obligations.

Celles-ci ont tour à tour été levées et les obstacles invoqués surmontés⁸², comme nous le voyons dans les développements qui suivent.

On invoque tout d'abord l'absence de mention de la théorie de l'engagement par déclaration de volonté unilatérale dans le prescrit de l'article 1370 du Code civil⁸³. L'argument est contredit par le fait que cette disposition ne prévoit aucun *numerus clausus*⁸⁴. Les principes généraux de droit qui ont été dégagés à

⁷⁸ Cass., 14 mai 2007, *Pas.*, 2007, p. 894.

⁷⁹ P. WÉRY, « L'engagement par manifestation de volonté unilatérale », obs. sous Cass., 9 mai 1980, *J.T.*, 2018, p. 578 qui cite P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, *Sources des obligations (deuxième partie)*, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1060-1061.

⁸⁰ C. CAUFFMAN, « Over verbindende en niet-verbindende eenzijdige (wils-)verklaringen », note sous Liège, 9 novembre 2007, *D.A.O.R.*, 2010, p. 166.

⁸¹ Sur les objections, P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 2, *op. cit.*, pp. 1056 et s.; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 56.

⁸² Voy. M. KRUTHOF, « Overzicht "Verbintenissen" », *op. cit.*, p. 503, n° 5; L. SIMONT, « L'engagement unilatéral », *op. cit.*, p. 20; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, pp. 56 et s.; P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 2, *op. cit.*, pp. 1056 et s.

⁸³ L'article 1370 du Code civil dispose que : « Certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé. Les uns résultent de l'autorité seule de la loi ; les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé.

Les premiers sont les engagements formés involontairement, tels que ceux entre propriétaires voisins, [...].

Les engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé, résultent ou des quasi-contrats, ou des délits ou quasi-délits ; ils font la matière du présent titre ».

⁸⁴ L. SIMONT, « L'engagement unilatéral », *op. cit.*, p. 21.

partir d'applications particulières sans être précisés par le législateur, comme l'abus de droit, l'*actio de in rem verso* et le droit de rétention en constituent des exemples⁸⁵. La doctrine et la jurisprudence ont en effet dégagé de nombreuses institutions à partir de « quelques applications fragmentaires en l'absence même d'une organisation systématique dans le droit positif écrit »⁸⁶.

Une autre objection réside dans le fait que l'on ne pourrait devenir créancier sans le savoir et qu'il ne peut exister d'obligation sans créancier⁸⁷. L'argument est à nouveau rapidement balayé puisqu'il existe de nombreuses situations où des droits de créances naissent sans l'accord du créancier⁸⁸. Dans le cadre des délits et quasi-délits, une personne devient créancière sans son consentement⁸⁹. La stipulation pour autrui accredit également cette position en matière contractuelle⁹⁰. Par ailleurs, l'engagement sort ses effets si les créanciers sont déterminables⁹¹.

On avance encore que si l'auteur de l'engagement peut se lier, il doit pouvoir se délier.

À nouveau, cet argument est facilement contrecarré puisqu'il « ne repose sur aucune raison logique. La théorie de l'engagement par déclaration de volonté unilatérale suppose précisément que l'on reconnaisse une force obligatoire et définitive à la volonté, certaine et extériorisée »⁹². L'objection méconnaît ainsi une caractéristique fondamentale de l'acte juridique unilatéral en général⁹³. Une démonstration par l'absurde suffit pour s'en convaincre. Si l'on applique ce point de vue à l'ensemble des actes juridiques unilatéraux, cela revient à dire que tout sujet de droit pourrait revenir sur une résiliation, une acceptation ou encore une renonciation⁹⁴. Comme l'indique très justement Jacques Martin de la Moutte, « Dire que l'acte unilatéral est un acte irrévocable semble une affirmation bien banale. L'irrévocabilité n'est-elle pas une qualité intrinsèque à tous les actes juridiques quels qu'ils soient et sans laquelle ils seraient dépourvus de toute force obligatoire et de toute efficacité ? »⁹⁵.

Dans le même ordre d'idées, Jean Van Ryn et Jacques Heenen exigent que l'engagement soit émis dans le cadre d'une institution⁹⁶. Pour ces auteurs,

⁸⁵ *Ibid.*, p. 21.

⁸⁶ P. VAN OMMESLAGHE, « L'engagement par volonté unilatérale en droit belge », *op. cit.*, p. 144.

⁸⁷ P. VAN OMMESLAGHE, « L'engagement par volonté unilatérale en droit belge », *op. cit.*, p. 145 ; L. SIMONT, « L'engagement unilatéral », *op. cit.*, p. 21.

⁸⁸ P. VAN OMMESLAGHE, « L'engagement par volonté unilatérale en droit belge », *op. cit.*, p. 145.

⁸⁹ L. SIMONT, « L'engagement unilatéral », *op. cit.*, p. 21.

⁹⁰ P. VAN OMMESLAGHE, « L'engagement par volonté unilatérale en droit belge », *op. cit.*, p. 145.

⁹¹ L. SIMONT, « L'engagement unilatéral », *op. cit.*, p. 21.

⁹² P. VAN OMMESLAGHE, « L'engagement par volonté unilatérale en droit belge », *op. cit.*, p. 146.

⁹³ *Ibid.*, p. 146.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 146.

⁹⁵ J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Paris, Sirey, 1951, p. 311, n° 342.

⁹⁶ Voy. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. 1, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1976, pp. 38-41. Selon eux, « Le mot institution possède deux acceptions distinctes [...] L'institution est tout d'abord

cela permet d'en expliquer le caractère irrévocable. François GénY, quant à lui, subordonne l'efficacité juridique d'un tel engagement à l'existence d'un intérêt social⁹⁷.

Ces opinions n'ont guère convaincu la doctrine.

Lucien Simont y voit une exigence injustifiée et dangereuse. Injustifiée car la volonté du déclarant d'attacher des effets juridiques à sa volonté et de l'extérioriser suffit amplement à rencontrer cette préoccupation. Dangereuse car la notion d'intérêt social emporte des conceptions divergentes et est sujette à de nombreuses interprétations, ce qui heurte la sécurité juridique⁹⁸.

Le besoin de garantie est par ailleurs satisfait par d'autres mécanismes. Cette opinion est partagée par Patrick Wéry qui affirme que « Si un tel élément extérieur et objectif à l'engagement par volonté unilatérale peut assurément être une institution juridique préexistante, l'utilité sociale de l'engagement est toutefois assurée, avant tout, par la nature de la volonté émise par le déclarant : pour être valable, celle-ci doit nécessairement viser à produire des effets juridiques »⁹⁹ ¹⁰⁰. Un contrôle de la légitimité de la confiance qui aurait été créée dans le chef du créancier pourrait également constituer une protection de l'auteur de l'engagement¹⁰¹.

Pour Pierre Van Ommeslaghe, « la notion d'institution préexistante [...] paraît pratiquement impossible à définir avec la précision qui serait indispensable puisqu'elle conditionnerait la validité même de cette source d'obligations. À partir de quand déciderait-on par exemple que la garantie à première demande serait devenue une institution préexistante ? Et comment justifier qu'à partir de cette date l'émission des garanties sous forme d'engagements unilatéraux serait devenue valable alors qu'elle ne l'aurait point été antérieurement ? Nous n'apercevons pas, par ailleurs, en quoi une telle adhésion présenterait une protection quelconque pour l'émetteur de l'engagement ni en quoi il serait dangereux de s'engager sans qu'une autre partie accepte l'émission de volonté que de conclure tel ou tel contrat »¹⁰².

Enfin, la théorie serait dépourvue d'intérêt dès lors que les autres institutions juridiques existantes offriraient une explication plus satisfaisante¹⁰³.

un ensemble de règles, légales ou extralégales, auxquelles se soumettent les personnes dont l'activité se déroule dans un secteur déterminé [...]. L'institution est ensuite une organisation permanente qui s'oriente vers l'individualité vivante et tend à la personnalité morale » (p. 37). Voy. aussi, pour un aperçu de cette conception, L. SIMONT, « L'engagement unilatéral », *op. cit.*, p. 21 et pp. 26 et s.

⁹⁷ Fr. GÉNY, *Méthode d'interprétation et source du droit privé positif*, t. II, p. 163, cité par L. SIMONT, « L'engagement unilatéral », *op. cit.*, p. 27.

⁹⁸ L. SIMONT, « L'engagement unilatéral », *op. cit.*, pp. 27-28. Voy. aussi P. VAN OMMESLAGHE, « L'engagement par volonté unilatérale en droit belge », *op. cit.*, p. 148.

⁹⁹ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 58 ; P. WÉRY, « L'engagement par manifestation de volonté unilatérale », obs. sous Cass., 9 mai 1980, *J.T.*, 2018, p. 579.

¹⁰⁰ Voy. aussi P. VAN OMMESLAGHE, « L'engagement par volonté unilatérale en droit belge », *op. cit.*, p. 148.

¹⁰¹ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 58.

¹⁰² P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations », *op. cit.*, p. 50.

¹⁰³ L. SIMONT, « L'engagement unilatéral », *op. cit.*, p. 22.

C'est la thèse qui fut notamment défendue par Michel Coipel¹⁰⁴ avant que ce dernier ne se range à l'avis de la doctrine majoritaire en mettant en exergue « l'intérêt pratique incontestable que présente cette nouvelle source d'obligations, spécialement en droit des sociétés »¹⁰⁵.

Les objections étant levées, on peut affirmer que la théorie de l'engagement par volonté unilatérale, selon laquelle une personne peut, par le fruit de sa seule volonté, s'engager à l'égard d'autrui¹⁰⁶, n'est plus guère discutée aujourd'hui, d'autant plus qu'elle répond aux besoins de la pratique¹⁰⁷.

23. Les fondements de la force obligatoire de l'engagement. Même si l'engagement par déclaration unilatérale de volonté ne figure pas dans la liste des sources des obligations de l'article 1370 du Code civil, de nombreux auteurs plaident donc en faveur de sa reconnaissance en tant que source autonome¹⁰⁸. Ils ne s'accordent toutefois pas totalement sur le fondement de la force obligatoire de l'engagement par déclaration de volonté unilatérale.

Certains s'appuient sur le « rôle qu'il convient d'attribuer à la volonté humaine »¹⁰⁹, les « dispositions du Code civil relatives aux effets de l'émission de la volonté, largement interprétées, auxquelles se réfèrent les arrêts précités de la Cour de cassation »¹¹⁰ ou encore le « pouvoir créateur que le droit reconnaît à la volonté du déclarant »¹¹¹. Xavier Dieux va même un cran plus loin en affirmant que « l'engagement par déclaration unilatérale de volonté trouve le fondement de sa force obligatoire dans la norme de droit objectif qui sous-tend l'article 1134 du Code civil, mais qui n'est nullement réservée au droit des contrats »¹¹², à savoir la « théorie des expectatives légitimes »¹¹³.

D'autres estiment que ce fondement ne peut être exclusif et qu'il convient d'y ajouter les besoins de la pratique et du commerce¹¹⁴. Pour Michel Coipel,

¹⁰⁴ M. COIPEL, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale », *op. cit.*, p. 73.

¹⁰⁵ M. COIPEL, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale et son intérêt particulier en droit des sociétés », *op. cit.*, p. 21.

¹⁰⁶ P. WÉRY, « L'engagement par manifestation de volonté unilatérale », obs. sous Cass., 9 mai 1980, *J. T.*, 2018, p. 577.

¹⁰⁷ P. VAN OMMESLAGHE, « L'engagement par volonté unilatérale en droit belge », *op. cit.*, p. 149; C. CAUFFMAN, « De verbindende eenzijdige belofte: een bron van gebondenheid in het Europese privaatrecht? », *op. cit.*, p. 38.

¹⁰⁸ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les incapables. Les obligations (première partie)*, *op. cit.*, p. 382, n° 446 et n° 519; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, *Les obligations (seconde partie)*, *op. cit.*, p. 59, n° 51; P. VAN OMMESLAGHE, « L'engagement par volonté unilatérale en droit belge », *op. cit.*, p. 144; L. SIMONT, « L'engagement unilatéral », *op. cit.*, p. 20. Voy., sur la controverse, M. KRUTHOR, « Overzicht "Verbintenissen" », *op. cit.*, pp. 503-506.

¹⁰⁹ M. COIPEL, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale », *op. cit.*, p. 72.

¹¹⁰ P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 2, *op. cit.*, p. 1060.

¹¹¹ L. SIMONT, « L'engagement unilatéral », *op. cit.*, p. 20.

¹¹² X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 103, n° 43.

¹¹³ Voy. aussi, en faveur d'une combinaison de théorie de la volonté et de la confiance légitime, A. DE BOECK, « De verbintenissen uit eenzijdige wilsverklaring », *op. cit.*, p. 34 et pp. 43-44.

¹¹⁴ M. COIPEL, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale », *op. cit.*, p. 73.

« La théorie a dès lors un double fondement: la puissance de la volonté d'une part; les besoins du milieu social d'autre part »¹¹⁵. Il est rejoint par Patrick Wéry, qui y décèle un principe général tiré de dispositions légales particulières et de plusieurs valeurs telles que l'utilité sociale, le respect de la parole donnée, la loi de l'honneur¹¹⁶.

En marge, Caroline Cauffman considère plutôt que l'engagement par volonté unilatérale fait partie de la catégorie des quasi-contrats¹¹⁷. Elle précise que « De verbindende kracht van de eenzijdige belofte kan worden gesteund op de wilsvertrouwensleer en de causa en idealiter worden gecorrigeerd door rekening te houden met de beschermenswaardigheid der partijen »¹¹⁸.

24. Les opposants à la théorie. Malgré un certain consensus sur l'admission de l'engagement unilatéral comme source d'obligations¹¹⁹, certains auteurs ont fait montre d'une certaine réticence et ont décrié la théorie de l'engagement par volonté unilatérale. Il nous a paru opportun de rapporter succinctement les points de vue adoptés par ces auteurs abondamment cités dans la littérature juridique.

Parmi les opposants à la reconnaissance pleine et entière de la théorie, on épingle généralement Michel Coipel¹²⁰ ainsi que Jean Van Ryn et Jacques Heenen¹²¹.

Dans son étude publiée à la *Revue critique de jurisprudence belge*, Michel Coipel examine les principales applications de la théorie. Il aboutit à la conclusion que la reconnaissance de la théorie n'est pas justifiée par des nécessités pratiques satisfaisantes: l'obligation du promettant dans la stipulation pour autrui, l'obligation du débiteur cambiaire, l'engagement du banquier envers l'exportateur dans le crédit documentaire irrévocable, l'offre, la constitution de la société anonyme par souscription publique et l'acte constitutif de la S.A. et l'augmentation de son capital¹²². Pour ne donner qu'un exemple, l'offre, selon l'auteur, s'explique « par la responsabilité aquilienne et le principe général du respect de la légitime confiance des tiers »¹²³. L'auteur revient toutefois sur sa position, vingt ans plus tard, en affirmant que « les critiques constructives de M. Van Ommeslaghe et

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 73.

¹¹⁶ Sur les objections, P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 61.

¹¹⁷ C. CAUFFMAN, « De verbindende eenzijdige wilsuiting », in *Bijzondere overeenkomsten. Artikkelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 2005, pp. 12-14.

¹¹⁸ C. CAUFFMAN, « De verbindende eenzijdige belofte: een bron van gebondenheid in het Europese privaatrecht? », *op. cit.*, p. 38.

¹¹⁹ E. DIRIX et A. VAN OEVELEN, « Kroniek », *R. W.*, 1980-1981, col. 2367 et s.; P.A. FORIERS, « Les contrats commerciaux (chronique de jurisprudence de 1970 à 1980) », *R. D. C.*, 1983, p. 108; E. DIRIX et A. VAN OEVELEN, « Kroniek van het verbintenissenrecht (1981-1984) », *R. W.*, 1985-1986, col. 1-3.

¹²⁰ M. COIPEL, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale », *op. cit.*, pp. 65-92.

¹²¹ J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, *op. cit.*, pp. 38-41.

¹²² M. COIPEL, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale », *op. cit.*, pp. 74 et s.

¹²³ *Ibid.*, p. 92.

la persévérance de la Cour de cassation ont joué un rôle important dans ce revirement¹²⁴.

Jacques Heenen et Jean Van Ryn conditionnent, quant à eux, la reconnaissance de l'engagement unilatéral comme source d'obligation à son émission dans le cadre d'une institution qui lui sert de soutien¹²⁵. Cette conception renvoie à une adhésion à un corps de règles préexistantes via la déclaration unilatérale de volonté, laquelle n'a donc pas en elle-même pour objet de créer des obligations¹²⁶. Partant, les effets des actes unilatéraux « ne sont pas l'œuvre arbitraire du déclarant ; ils sont prédéterminés par la loi ou par les usages, mais ils ne se produiraient pas sans la manifestation de volonté qui les déclenche »¹²⁷. Selon cette thèse, il convient que le déclarant adhère à une institution dans le but de « protéger le déclarant » contre toute déclaration imprudente, de faire correspondre cette déclaration à la « nature des choses » et de « fournir la preuve de l'utilité sociale de l'engagement »^{128 129}. Malgré certaines convergences, cette conception s'éloigne sensiblement de la théorie de l'engagement unilatéral en tant que source autonome d'obligations¹³⁰.

Ces courants minoritaires n'ont pas reçu d'écho en jurisprudence¹³¹.

25. Les exemples. Les exemples livrés en doctrine sont nombreux. Henri De Page envisageait déjà, en 1936, à titre d'applications de la théorie de l'engagement par volonté unilatérale, l'offre, la gestion d'affaires, la purge hypothécaire, l'acceptation d'une succession, la stipulation pour autrui, le titre à ordre ou au porteur, et le crédit confirmé¹³².

Il convient cependant de séparer le bon grain de l'ivraie. La théorie de l'engagement par voie unilatérale ne permet pas d'expliquer de manière satisfaisante l'ensemble de ces institutions. Ainsi, l'obligation du promettant dans la stipulation pour autrui ainsi que l'acceptation d'une succession et la gestion

¹²⁴ M. COIPEL, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale et son intérêt particulier en droit des sociétés », *op. cit.*, p. 21.

¹²⁵ J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, *op. cit.*, pp. 38-41 ; J. VAN RYN, « L'engagement par déclaration unilatérale de volonté en droit commercial », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1963, p. 961. Voy., pour un aperçu de cette conception, L. SIMONT, « L'engagement unilatéral », *op. cit.*, p. 18.

¹²⁶ P. VAN OMMESSLAGHE, « L'engagement par volonté unilatérale en droit belge », *op. cit.*, p. 146.

¹²⁷ J. VAN RYN, « L'engagement par déclaration unilatérale de volonté en droit commercial », *op. cit.*, p. 962.

¹²⁸ L. SIMONT, « L'engagement unilatéral », *op. cit.*, p. 26.

¹²⁹ Michel Coipel ne manque pas d'égrotiser au passage ces auteurs en indiquant que leur « conception des sources du droit commercial [...] est, tout à la fois, séduisante, irritante et inacceptable ». L'auteur fustige le sociologisme juridique et dénonce le fait de considérer les normes sociales comme partie intégrante du droit positif de l'État malgré « l'absence d'intégration par les sources formelles du droit » (M. COIPEL, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale et son intérêt particulier en droit des sociétés », *op. cit.*, pp. 34-35).

¹³⁰ P. VAN OMMESSLAGHE, « L'engagement par volonté unilatérale en droit belge », *op. cit.*, p. 146.

¹³¹ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 58.

¹³² H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, *Les obligations (seconde partie)*, *op. cit.*, p. 61.

d'affaires ne peuvent, à notre estime, s'expliquer de manière convaincante par cette théorie¹³³.

Les hypothèses visées par la doctrine contemporaine demeurent plus limitées.

Patrick Wéry¹³⁴ épingle entre autres l'offre de contrat, la garantie à première demande, l'engagement du banquier dans le crédit documentaire, l'engagement du titulaire d'une carte de crédit, la promesse de récompense¹³⁵, l'engagement de la banque envers le porteur d'un chèque assorti d'une carte de chèque, la transformation d'une obligation naturelle en obligation civile, l'engagement du fondateur d'une S.P.R.L.U. (devenue S.R.L. avec le nouveau C.S.A.¹³⁶) d'effectuer un apport, la constitution d'une société anonyme par souscription publique, etc.¹³⁷. Le droit des sociétés constitue manifestement un terreau privilégié pour cette théorie.

B. Régime juridique de l'engagement par volonté unilatérale

26. Aperçu. On affirme généralement que les règles du droit des contrats s'appliquent *mutatis mutandis* aux actes juridiques unilatéraux et, *a fortiori*, aux engagements par volonté unilatérale. À l'inverse, il n'y a pas lieu d'appliquer par analogie, aux engagements par volonté unilatérale, les règles spécifiques à certains actes juridiques unilatéraux¹³⁸.

Il va de soi que certaines règles issues du droit des contrats nécessitent quelques adaptations pour pouvoir s'appliquer aux engagements par volonté unilatérale. Plusieurs règles peuvent également se révéler inconciliables avec la nature de l'engagement par volonté unilatérale. Nous ne manquerons pas d'attirer l'attention du lecteur sur ces points particuliers.

27. Les conditions de validité : les règles de droit commun. Les conditions de formation de l'engagement par volonté unilatérale sont celles qui

¹³³ Voy. en ce sens, pour la stipulation pour autrui et la gestion d'affaires, P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 2, *op. cit.*, p. 1065 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 61.

¹³⁴ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 59. Voy. également, P. WÉRY, « L'engagement par manifestation de volonté unilatérale », *op. cit.*, p. 579 ; P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 2, *op. cit.*, p. 1063.

¹³⁵ Voy., pour un exemple, Anvers, 6 décembre 1999, *R.G.D.C.*, 2000, p. 536 (entreprise de vente par correspondance qui organise une tombola et adresse un courrier au client gagnant l'informant qu'il gagnait une certaine somme d'argent).

¹³⁶ Loi du 23 mars 2019 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *M.B.*, 4 avril 2019.

¹³⁷ P. WÉRY, « L'engagement par manifestation de volonté unilatérale », *op. cit.*, p. 579, qui renvoie à M. COIPEL, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale et son intérêt particulier en droit des sociétés », *op. cit.*, p. 45.

¹³⁸ C. CAUFFMAN, « De verbindende eenzijdige wilsuiting », *op. cit.*, p. 19. Voy., sur les règles spécifiques en matière de capacité, P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 40.

«relèvent du droit commun des actes juridiques»¹³⁹. L'engagement unilatéral doit répondre aux conditions énumérées à l'article 1108 du Code civil¹⁴⁰.

Tout d'abord, la partie qui s'oblige doit consentir de manière libre et éclairée, son consentement devant être exempt de vice (art. 1109 et s.)¹⁴¹.

Plusieurs adaptations sont nécessaires pour l'appréciation de l'existence d'un vice de consentement.

Ainsi, le principe qui veut que le dol émane du cocontractant n'est pas si aisément transposable¹⁴² dès lors que, face à un engagement par volonté unilatérale, le dol ne peut émaner de l'autre partie¹⁴³. Il émanera donc toujours d'un tiers¹⁴⁴.

Le caractère commun de l'erreur ne semble en outre pas requis¹⁴⁵.

L'application aux engagements par volonté unilatérale de la condition d'un déséquilibre dans les prestations réciproques est controversée. Pour Caroline Cauffman, il convient d'apprécier l'exigence de «manifest nadeel» dans le chef du débiteur de l'obligation¹⁴⁶, au regard de sa situation patrimoniale¹⁴⁷.

Ensuite, l'objet de l'engagement doit être certain¹⁴⁸, dans le commerce et conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs (art. 1126 et s.).

De plus, l'engagement unilatéral doit se fonder sur des mobiles déterminants licites (art. 1131 et s.)¹⁴⁹. L'existence d'une cause s'applique aux actes juridiques unilatéraux¹⁵⁰. Elle ne s'apprécie toutefois que dans le chef de l'auteur de l'acte¹⁵¹.

¹³⁹ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 35.

¹⁴⁰ L. SIMONT, «L'engagement unilatéral», *op. cit.*, p. 22. Voy. sur ces conditions, C. CAUFFMAN, «De verbindende eenzijdige wilsuiting», *op. cit.*, pp. 15 et s.

¹⁴¹ C. CAUFFMAN, «Over verbindende en niet-verbindende eenzijdige (wils-)verklaringen», *op. cit.*, p. 166; A. DE BOECK, «De verbintenissen uit eenzijdige wilsverklaring», *op. cit.*, p. 31.

¹⁴² Voy. sur les quatre positions relatives à l'application du dol, C. CAUFFMAN, «Over verbindende en niet-verbindende eenzijdige (wils-)verklaringen», *op. cit.*, pp. 172 et s.

¹⁴³ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 37.

¹⁴⁴ P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 2, *op. cit.*, p. 1067.

¹⁴⁵ A. DE BOECK, «De verbintenissen uit eenzijdige wilsverklaring», *op. cit.*, p. 31. Pour Caroline Cauffman, «En cas de promesse faite à une personne déterminée, il est préférable de n'appliquer l'erreur et le dol que si la personne, à qui la promesse est faite, en était au courant ou devait en être au courant. Si les promesses ne doivent pas être communiquées, les vices de consentement peuvent entraîner la nullité de ces promesses sans devoir tenir compte de la possibilité que le bénéficiaire a dû prendre connaissance de cette promesse» (C. CAUFFMAN, «La promesse unilatérale : source d'obligations en droit privé européen?», *op. cit.*, p. 72).

¹⁴⁶ C. CAUFFMAN, «De verbindende eenzijdige wilsuiting», *op. cit.*, pp. 28-29.

¹⁴⁷ Voy. aussi l'interprétation de l'opinion de Caroline Cauffman par Patrick Wéry in *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 38 et A. DE BOECK, «De verbintenissen uit eenzijdige wilsverklaring», *op. cit.*, p. 36.

¹⁴⁸ L'engagement doit avoir un objet déterminé ou à tout le moins déterminable (A. DE BOECK, «De verbintenissen uit eenzijdige wilsverklaring», *op. cit.*, p. 24).

¹⁴⁹ A. DE BOECK, «De verbintenissen uit eenzijdige wilsverklaring», *op. cit.*, p. 36.

¹⁵⁰ Cass., 13 novembre 1969, R.C.J.B., 1970, p. 326, note P. VAN OMMESSLAGHE; P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 2, *op. cit.*, p. 1068.

¹⁵¹ P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 2, *op. cit.*, p. 1069.

Enfin, la personne qui s'engage doit être capable (art. 1123 et s.). On applique les règles du droit des contrats¹⁵² en distinguant le défaut de capacité du défaut de pouvoir.

On notera que la théorie du mandat apparent ne semble pas heurter la nature de l'engagement par déclaration unilatérale. Comme l'affirme Patrick Wéry, «Si, par son comportement imputable – fautif ou non – une personne a fait naître chez autrui la croyance légitime qu'elle prenait un acte unilatéral, l'apparence devra être protégée»¹⁵³.

28. Les conditions de validité : les règles propres à l'engagement par déclaration unilatérale de volonté. Les conditions de validité qui gouvernent l'ensemble des actes juridiques ne suffisent toutefois pas. Au rang des exigences relatives à la formation de l'acte, rappelons que le déclarant doit avoir voulu attacher des effets de droit à la volonté émise¹⁵⁴. «Ainsi, sera assuré le sérieux de la promesse unilatérale et il n'y aura pas confusion avec de simples engagements d'honneur»¹⁵⁵. La prudence reste de mise. Si le déclarant ne s'interdit pas de revenir sur sa déclaration, l'on ne se trouve pas en présence d'un véritable engagement unilatéral¹⁵⁶. Cette volonté doit être certaine¹⁵⁷.

Pour Caroline Cauffman, en présence d'engagements par déclaration unilatérale de volonté qui s'inscrivent dans un contexte économique, le caractère non obligatoire de l'engagement doit demeurer l'exception¹⁵⁸.

Par ailleurs, la volonté doit avoir été extériorisée¹⁵⁹. Cette extériorisation est appréciée différemment selon que l'acte est réceptice ou non. On retrouve ici la distinction faite par Jacques Martin de La Moutte¹⁶⁰. Dans le premier

¹⁵² A. DE BOECK, «De verbintenissen uit eenzijdige wilsverklaring», *op. cit.*, p. 37; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 40. Notons qu'il existe des règles spécifiques pour certains actes juridiques unilatéraux tels que le testament.

¹⁵³ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 64.

¹⁵⁴ L. SIMONT, «L'engagement unilatéral», *op. cit.*, p. 24; M. COPEL, «La théorie de l'engagement par volonté unilatérale et son intérêt particulier en droit des sociétés», *op. cit.*, p. 25; A. DE BOECK, «De verbintenissen uit eenzijdige wilsverklaring», *op. cit.*, p. 22.

¹⁵⁵ M. COPEL, «La théorie de l'engagement par volonté unilatérale et son intérêt particulier en droit des sociétés», *op. cit.*, p. 25.

¹⁵⁶ L. SIMONT, «L'engagement unilatéral», *op. cit.*, p. 25.

¹⁵⁷ P. VAN OMMESSLAGHE, «L'engagement par volonté unilatérale en droit belge», *op. cit.*, p. 145; C. CAUFFMAN, «Over verbindende en niet-verbindende eenzijdige (wils-)verklaringen», *op. cit.*, p. 167.

¹⁵⁸ C. CAUFFMAN, «Over verbindende en niet-verbindende eenzijdige (wils-)verklaringen», *op. cit.*, p. 167. L'auteur indique que «Hoewel rechtens bij eenzijdige verklaringen misschien minder snel geneigd zijn om dit vermoeden te hanteren dan bij overeenkomsten is het, om discussies achteraf te vermijden, aan te bevelen om, indien men in een economische context de verbindende kracht van de eenzijdige wilsuiting wil uitsluiten, dit expliciet tot uiting te brengen».

¹⁵⁹ P. VAN OMMESSLAGHE, «L'engagement par volonté unilatérale en droit belge», *op. cit.*, p. 145; L. SIMONT, «L'engagement unilatéral», *op. cit.*, p. 25; M. COPEL, «La théorie de l'engagement par volonté unilatérale et son intérêt particulier en droit des sociétés», *op. cit.*, p. 25; A. DE BOECK, «De verbintenissen uit eenzijdige wilsverklaring», *op. cit.*, p. 24.

¹⁶⁰ J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, *op. cit.* L'auteur écrit : «Du point de vue de leur destination matérielle, les actes unilatéraux vont ainsi se séparer en deux groupes distincts. Les uns pourront prendre existence et efficacité sans qu'aucune direction

cas de figure, le sujet de droit n'est lié que dans la mesure où il a adressé cette volonté à son destinataire et que ce dernier a pu en prendre connaissance¹⁶¹. Dans le second, la seule extériorisation de la volonté suffit¹⁶². Une vérification de l'extériorisation par notification au créancier ou par « publicité telle que cette décision puisse être connue de tous » doit, dès lors, être opérée¹⁶³.

Par contre, la connaissance de l'engagement par le bénéficiaire n'est nullement exigée. Il est plus « conforme à la notion même d'engagement par volonté unilatérale, de rendre la promesse obligatoire sans s'occuper de savoir si elle a été connue par celui qui en réclame l'exécution »¹⁶⁴.

Ne constituent pas davantage des exigences qui conditionnent la validité de l'engagement par volonté unilatérale « celles relatives à l'utilité sociale, les exigences formelles et l'adhésion à une institution existante »¹⁶⁵.

29. Un caractère subsidiaire. On avance également que la théorie « ne trouvera à s'appliquer que si tous les effets d'une institution ou d'un engagement ne peuvent, de manière non artificielle, être expliqués par une source traditionnelle »¹⁶⁶. Cette exigence doit être bien comprise. Elle s'entend uniquement en ce sens que la théorie « ne joue pas là où la force obligatoire d'une promesse découle d'un contrat »¹⁶⁷, par suite de la rencontre d'une offre et d'une acceptation »¹⁶⁸.

30. Les règles d'interprétation. L'engagement par volonté unilatérale est interprété au regard des règles d'interprétation des contrats qui figurent aux articles 1156 et suivants du Code civil¹⁶⁹.

matérielle leur soit imprimée, c'est-à-dire plus simplement sans qu'il soit besoin pour leur auteur de les notifier à autrui [...]. À l'inverse, les autres actes unilatéraux seront soumis quant à leur validité, à des exigences plus grandes; la simple extériorisation de la volonté sera impuissante à les parfaire, et il faudra, de plus, qu'elle soit expressément adressée à quelqu'un. Une certaine direction matérielle leur est indispensable, et l'auteur de l'acte devra alors, non seulement manifester sa volonté, mais encore la notifier, la notification étant, nous l'avons vu, un procédé qui lui permet de faire connaître quelque chose à quelqu'un. Lorsqu'il en est ainsi, la notification fait corps avec la volonté juridique exigée par la réalisation de l'acte; elle en constitue un élément nécessaire et constitutif » (pp. 173-174).

¹⁶¹ L. SIMONT, « L'engagement unilatéral », *op. cit.*, p. 25.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 63.

¹⁶⁴ M. COIPEL, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale et son intérêt particulier en droit des sociétés », *op. cit.*, p. 31.

¹⁶⁵ C. CAUFFMAN, « De verbindende eenzijdige belofte: een bron van gebondenheid in het Europese privaatrecht? », *op. cit.*, p. 38. Voy. aussi, sur l'utilité sociale comme condition superflue, A. DE BOECK, « De verbintenissen uit eenzijdige wilsverklaring », *op. cit.*, p. 25.

¹⁶⁶ L. SIMONT, « L'engagement unilatéral », *op. cit.*, p. 29.

¹⁶⁷ Ou d'un délit ou d'un quasi-contrat (A. DE BOECK, « De verbintenissen uit eenzijdige wilsverklaring », *op. cit.*, p. 22).

¹⁶⁸ M. COIPEL, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale et son intérêt particulier en droit des sociétés », *op. cit.*, p. 26.

¹⁶⁹ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 63.

On s'en remet à la volonté réelle de l'auteur de l'acte^{170 171}, à moins qu'un doute irréductible subsiste, auquel cas on applique les règles subsidiaires d'interprétation¹⁷².

Par ailleurs, tandis que certains auteurs plaident pour l'application de la règle de l'article 1162 comme tempérament au principe de la volonté réelle de l'auteur¹⁷³, d'autres privilégient la règle *contra proferentem*¹⁷⁴.

31. La preuve des engagements par volonté unilatérale. Malgré certaines hésitations doctrinales¹⁷⁵, il semble que la preuve des engagements par volonté unilatérale soit gouvernée par le principe de la liberté de la preuve. Cette solution se comprend, pour Caroline Cauffman, dès lors que le bénéficiaire de la promesse est un tiers¹⁷⁶.

C'est d'ailleurs dans cette voie que le législateur s'est orienté dans le cadre de la réforme du droit de la preuve. Aux termes de l'article 8.10 du nouveau Code civil intitulé « Preuve des actes juridiques unilatéraux », il est prévu :

« Par dérogation à l'article 8.9 et sous réserve des exceptions prévues par la loi, la preuve d'un acte juridique unilatéral peut être rapportée par tous modes de preuve.

La date de l'acte unilatéral est régie par l'article 8.22.

La preuve d'un engagement unilatéral de payer par lequel une personne s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer une certaine quantité de choses fongibles est soumise à l'article 8.21 ».

Avec la réforme, l'application de l'article 8.21 (ancien article 1326) aux engagements par volonté unilatérale est entérinée¹⁷⁷.

32. L'appréciation du juge du fond et le contrôle de la Cour de cassation. Le juge dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation sur l'existence et la portée de l'engagement¹⁷⁸. Il ne peut toutefois pas porter atteinte au principe de « la foi due aux actes d'où cette volonté est déduite »¹⁷⁹. Une analyse au cas par cas de la portée de l'engagement doit prévaloir¹⁸⁰.

¹⁷⁰ P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 2, *op. cit.*, p. 1071.

¹⁷¹ Notons qu'en cas de discordance entre la volonté réelle et la volonté déclarée de l'auteur, la présence d'une confiance légitime créée dans le chef du destinataire peut aboutir à ce que l'émetteur de la volonté soit lié (A. DE BOECK, « De verbintenissen uit eenzijdige wilsverklaring », *op. cit.*, p. 31).

¹⁷² P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 63.

¹⁷³ A. DE BOECK, « De verbintenissen uit eenzijdige wilsverklaring », *op. cit.*, p. 38.

¹⁷⁴ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 63.

¹⁷⁵ Voy. en faveur de la preuve légale, P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 64.

¹⁷⁶ C. CAUFFMAN, « La promesse unilatérale : source d'obligations en droit privé européen? », *op. cit.*, p. 73.

¹⁷⁷ Dès lors, la controverse relative à l'(in)application de l'article 1326 trouvera son épilogue. Voy., sur cette controverse, A. DE BOECK, « De verbintenissen uit eenzijdige wilsverklaring », *op. cit.*, p. 38.

¹⁷⁸ C. CAUFFMAN, « Over verbindende en niet-verbindende eenzijdige (wils-)verklaringen », *op. cit.*, p. 168; A. DE BOECK, « De verbintenissen uit eenzijdige wilsverklaring », *op. cit.*, p. 23.

¹⁷⁹ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 63.

¹⁸⁰ Voy. Anvers, 19 mars 2002, *T.R.V.*, 2002, p. 645, note D. DESCHRIJVER. La cour estime qu'une déclaration d'intention n'empêche pas la naissance d'un engagement juridique. Voy., sur cet arrêt et l'appréciation

33. Les effets de l'engagement par volonté unilatérale : indivisibilité et irrévocabilité. À l'instar de l'ensemble des actes juridiques unilatéraux, l'engagement par volonté unilatérale est irrévocable¹⁸¹. Il est de surcroît indivisible, tant activement que passivement¹⁸². Sur le volet actif, cela « signifie que l'acte unilatéral qui se rapporte à une autre situation juridique ou à un autre acte juridique doit s'appliquer, à peine de nullité, à la totalité de ceux-ci »¹⁸³. Sur le volet passif, cela signifie que « la personne qui se prévaut de la créance résultant de l'acte unilatéral doit prendre celui-ci dans sa totalité et ne peut le diviser contre l'auteur de l'acte »¹⁸⁴.

34. Les sanctions. Le « principe de l'exécution en nature s'applique à toute obligation quelle qu'en soit la source et quel qu'en soit l'objet »¹⁸⁵. L'on emprunte donc également, au niveau des sanctions, les règles du droit commun des contrats¹⁸⁶.

L'inexécution de l'engagement par volonté unilatérale ouvre le droit pour le bénéficiaire – même en présence d'une obligation de *facere* – de réclamer en justice l'exécution en nature ou par équivalent de l'acte. Il ne pourra toutefois être fait droit à la demande d'exécution en nature en cas d'impossibilité ou d'abus de droit^{187 188}.

Il n'est, par contre, guère pertinent de vouloir transposer les règles relatives à la résolution et à la réduction du prix¹⁸⁹ aux engagements par volonté unilatérale.

Notons également que l'inexécution est constitutive d'une faute si elle est imputable à l'auteur de l'engagement par volonté unilatérale¹⁹⁰. La faute

au cas par cas, C. CAUFFMAN, « Over verbindende en niet-verbindende eenzijdige (wils-)verklaringen », *op. cit.*, p. 168.

¹⁸¹ A. DE BOECK, « De verbintenissen uit eenzijdige wilsverklaring », *op. cit.*, p. 40 ; P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 2, *op. cit.*, p. 1073. Voy. sur les nuances, A. DE BOECK, « De verbintenissen uit eenzijdige wilsverklaring », *op. cit.*, pp. 40 et s.

¹⁸² A. DE BOECK, « De verbintenissen uit eenzijdige wilsverklaring », *op. cit.*, p. 40 ; P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *op. cit.*, p. 1073.

¹⁸³ P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *op. cit.*, p. 1073 avec les exemples cités.

¹⁸⁴ P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *op. cit.*, p. 1073 avec les exemples cités.

¹⁸⁵ P. WÉRY, « L'engagement par manifestation de volonté unilatérale », *op. cit.*, p. 579.

¹⁸⁶ C. CAUFFMAN, « De verbindende eenzijdige wilsuiting », *op. cit.*, pp. 14 et s. ; A. DE BOECK, « De verbintenissen uit eenzijdige wilsverklaring », *op. cit.*, p. 39.

¹⁸⁷ P. WÉRY, « L'engagement par manifestation de volonté unilatérale », *op. cit.*, p. 579, qui cite à l'appui : Cass., 6 mars 1919, *Pas.*, 1919, I, p. 80 ; Cass., 17 mars 1921, *Pas.*, 1921, I, p. 297 ; Cass., 30 janvier 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 538 ; Cass., 5 janvier 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 567 ; Cass., 30 janvier 2003, *R. G. D. C.*, 2004, p. 405 ; Cass., 26 septembre 2003, *J.J.P.*, 2006, p. 323, note R. MARCHETTI.

¹⁸⁸ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 66.

¹⁸⁹ C. CAUFFMAN, « De verbindende eenzijdige belofte: een bron van gebondenheid in het Europese privaatrecht? », *op. cit.*, p. 38. L'auteur semble par contre favorable à l'application des règles relatives au droit de suspension. Voy., sur les modes de dissolution de l'engagement par volonté unilatérale, P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 2, *op. cit.*, p. 1074.

¹⁹⁰ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 66.

sera appréciée en fonction de l'intensité de l'obligation (obligation de moyens ou de résultat).

C. Projet de réforme et examen du droit comparé

35. La réforme du droit des obligations. Le projet de réforme belge du droit des obligations¹⁹¹ ménage une place à l'engagement par volonté unilatérale.

L'acte juridique unilatéral devrait – si la réforme est adoptée – faire son entrée dans le nouveau Code civil¹⁹². Un chapitre lui est consacré au sein du sous-titre dédié aux actes juridiques. L'article 5.128 dispose :

« L'acte juridique unilatéral est la manifestation de volonté par laquelle une personne a l'intention de faire naître des effets de droit. L'auteur de cet acte peut notamment s'engager par sa seule volonté en faveur d'autrui ».

L'article 5.129 intitulé « régime juridique » prévoit ensuite :

« Chaque acte juridique unilatéral est soumis aux règles qui lui sont propres et, dans la mesure où celles-ci n'y dérogent pas, aux règles applicables aux contrats ainsi qu'au régime général de l'obligation ».

Les auteurs du projet ne s'écartent pas de leur ligne de conduite qui consiste à codifier à droit constant la jurisprudence des cours et tribunaux. On ancre dans un texte les principes dégagés en jurisprudence et en doctrine.

36. Le droit comparé¹⁹³. La force obligatoire de l'engagement par volonté unilatérale ne fait pas l'unanimité dans les contrées voisines. Malgré une position initialement avant-gardiste, l'Allemagne fait actuellement plutôt pâle figure. Quelques applications sont consacrées dans le BGB telles que la fondation, la promesse de récompense et la dette souscrite au porteur¹⁹⁴.

Le Code civil néerlandais n'est pas plus novateur. Il ne consacre pas l'engagement par volonté unilatérale comme source des obligations¹⁹⁵. Tout au plus, certaines décisions de la Cour suprême reconnaissent le caractère contraignant de l'engagement par volonté unilatérale¹⁹⁶.

En France et en Belgique, la consécration de la théorie est une œuvre prétorienne. Tandis que le principe fut reconnu en Belgique dès 1974, il fallut attendre 1990 pour que la France franchise le pas.

¹⁹¹ Proposition de loi portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2019-2020, n° 55-0174.

¹⁹² Loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 « La preuve », *M.B.*, 14 mai 2019.

¹⁹³ Voy., pour davantage de précisions, C. CAUFFMAN, « De verbindende eenzijdige belofte: een bron van gebondenheid in het Europese privaatrecht? », *op. cit.*, p. 38.

¹⁹⁴ M. COPEL, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale », *op. cit.*, p. 68 ; P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 2, *op. cit.*, p. 1060.

¹⁹⁵ C. CAUFFMAN, « La promesse unilatérale : source d'obligations en droit privé européen? », *op. cit.*, p. 23.

¹⁹⁶ *Ibid.*, pp. 21-23.

Les pouvoirs législatifs se sont désormais emparés de la question. Tandis que le projet belge déposé à la Chambre des représentants lui consacre des dispositions spécifiques (cf. *supra*, n° 35), l'ordonnance française n° 2016-131 du 10 février 2016¹⁹⁷ modifie le titre III intitulé « Des sources des obligations » du livre III du Code civil et comporte désormais un article 1100-1 qui dispose :

« Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux.

Ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats ».

L'engagement par volonté unilatérale n'est pas non plus étranger au droit européen. Dans les principes de droit européen des contrats (PECL), l'article 2:107 prévoit que « La promesse qui veut être juridiquement obligatoire sans acceptation lie son auteur ».

Section 3

Applications des principes de droit privé sous le prisme de l'affaire *Softenon*

37. Plan. Avant de plonger au cœur de l'arrêt *Softenon*, il a paru indispensable de revenir sur le processus législatif et l'action du gouvernement (A). Ces propos introductifs permettent de mieux cerner les subtilités que présentent les faits soumis à la cour d'appel. Une fois le décor planté, nous revenons sur l'application de la théorie de l'engagement par volonté unilatérale à l'administration (B). Ensuite, nous confrontons les conditions de formation de l'engagement par volonté unilatérale à l'affaire *Softenon* (C). Nous clôturons nos propos par une analyse des sanctions offertes et de leurs limites (D).

A. Prolégomènes

38. Le processus d'élaboration de la loi. L'initiative législative peut émaner du Roi et comporter une phase « préparlementaire »¹⁹⁸. Le dépôt d'un avant-projet au Parlement exige au préalable l'accomplissement de différentes étapes.

¹⁹⁷ Voy. l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *J.O.R.F.*, 11 février 2016 et loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *J.O.R.F.*, 21 avril 2018.

¹⁹⁸ M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, Limal-Bruxelles, Anthemis-Bruylant, 2014, p. 353.

Tout d'abord, un texte doit être élaboré sous la forme d'un avant-projet de loi. Ce travail de rédaction n'est pas formalisé et peut donc être confié à des commissions de travail¹⁹⁹, à l'administration ou à des cabinets ministériels²⁰⁰.

L'avant-projet est ensuite soumis, au niveau fédéral, à l'approbation du conseil des ministres conformément aux circulaires relatives au fonctionnement du conseil des ministres. Pour certains, cette formalité relève d'une coutume constitutionnelle. Selon Marc Uyttendaele, seul un critère subjectif permet de distinguer la coutume constitutionnelle de la pratique, à savoir que la première « est nécessaire à la mise en œuvre du droit écrit, et partant en constitue un complément sans lequel la règle écrite serait privée de son effet utile »²⁰¹. L'auteur considère que la délibération en conseil des ministres de toute question politique importante revêt un caractère juridiquement obligatoire : « Cette formalité constitue le corollaire des principes qui régissent l'action du gouvernement, et notamment la collégialité des décisions, la solidarité gouvernementale et la responsabilité politique du gouvernement devant la Chambre »²⁰². Cet avis s'écarterait cependant de la jurisprudence de la Cour de cassation, selon laquelle « il n'existe pas de principe général du droit qui subordonnerait la validité d'actes gouvernementaux à une concertation préalable du conseil des ministres » et « s'il est d'usage que le conseil des ministres délibère et décide lorsqu'il s'agit d'affaires présentant une certaine importance, l'absence de délibération n'affecte pas en elle-même la validité d'un acte accompli par un ministre en pareille matière »^{203 204}.

La section de législation du Conseil d'État est ensuite saisie afin de rendre un avis sur l'avant-projet de loi. L'avant-projet, le cas échéant modifié en réponse aux remarques formulées par le Conseil d'État, doit encore être soumis à la signature du Roi et au contreseing ministériel²⁰⁵ (cf. *infra*, n° 48).

Ces différentes étapes du processus législatif constituent la toile de fond de notre analyse critique de la décision.

39. L'action du gouvernement en tant que branche du pouvoir législatif. Même si le conseil des ministres ainsi que le ministre de la Santé constituent des autorités administratives²⁰⁶, ils exercent, ici, leur droit d'initia-

¹⁹⁹ Voy., pour un exemple, l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017 portant création des Commissions de réforme du droit civil, *M.B.*, 9 octobre 2017.

²⁰⁰ M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, op. cit., p. 354, note 20 ; D. BATSELÉ, T. MORTIER et M. SCARCEZ, *Initiation au droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 253.

²⁰¹ M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, op. cit., p. 118.

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ Cass., 10 avril 1987, *A.P.T.*, 1987, p. 289, sur les conclusions conformes de l'avocat général J. VELU.

²⁰⁴ De nombreuses lois imposent une délibération en conseil des ministres pour l'adoption d'arrêtés royaux. La formalité est alors considérée comme substantielle, voy. D. BATSELÉ, T. MORTIER et M. SCARCEZ, op. cit., p. 338, n° 386 ; Cass., 30 avril 1992, *Pas.*, 1992, I, n° 454.

²⁰⁵ Art. 106 de la Constitution. Voy. D. BATSELÉ, T. MORTIER et M. SCARCEZ, *Initiation au droit constitutionnel*, op. cit., n° 344.

²⁰⁶ Y. MOSSOUX, *La publicité de l'administration*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 67 ; J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIRAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 556 et s.

tive législative en tant que troisième branche du pouvoir législatif²⁰⁷. Il ne s'agit donc pas de l'adoption d'un acte administratif.

Se pose dès lors la question de l'(in)application des principes généraux de droit administratif et de la jurisprudence du Conseil d'État. Cette dernière n'est en effet pas transposable, comme telle, à la troisième branche du pouvoir législatif. Cette problématique déborde toutefois largement le cadre de notre exposé²⁰⁸.

La présente contribution se limite au contentieux dit subjectif qui relève des juridictions de l'ordre judiciaire en s'autorisant, avec toutes les réserves précitées qu'une telle démarche implique, quelques incursions de droit administratif.

40. Le vote de la loi budgétaire. Dans l'espèce étudiée, le déclenchement du processus législatif est précédé d'une décision budgétaire discutée en conseil des ministres. Le projet de budget annuel est en effet établi par le gouvernement avant d'être voté²⁰⁹. Conformément à l'article 174 de la Constitution²¹⁰, le vote du budget ressortit à la compétence de la Chambre des représentants et est soumis à un principe d'annualité budgétaire²¹¹. Cette loi n'est pas soumise à l'avis du Conseil d'État²¹².

B. L'engagement unilatéral de volonté appliqué aux pouvoirs publics

41. L'administration et l'engagement par volonté unilatérale: retour sur la jurisprudence de la Cour de cassation. Il ne fait plus aucun doute aujourd'hui que la théorie de l'engagement par déclaration unilatérale de volonté s'applique aux pouvoirs publics (*cf. supra*, n° 21).

²⁰⁷ «Échappent ainsi à la qualification d'actes administratifs la décision de déposer un avant-projet de loi, de décret ou d'ordonnance devant une assemblée législative, de même que sa sanction ou sa promulgation» (J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, vol. 1, *op. cit.*, p. 457, n° 222.3).

²⁰⁸ Même si la Cour de cassation refuse de reconnaître à certains principes de droit administratif valeur de principe général, il n'est pas du tout exclu que certains soient validés par celle-ci (voy. A. BOSSUYT, «Les principes généraux du droit dans la jurisprudence de la Cour de cassation», *J.T.*, 2005, n° 39; P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, Bruxelles, Larcier, 2014). Voy. par exemple *infra*, n° 67, à propos du principe de la confiance légitime.

²⁰⁹ Voy. *Précis des règles budgétaires à usage parlementaire*, www.lachambre.be/kvvcr/pdf_sections/jurid/precis_budget.pdf.

²¹⁰ Art. 174 de la Constitution: «Chaque année, la Chambre des représentants arrête la loi des comptes et vote le budget. Toutefois, la Chambre des représentants et le Sénat fixent annuellement, chacun en ce qui le concerne, leur dotation de fonctionnement.

Toutes les recettes et dépenses de l'État doivent être portées au budget et dans les comptes».

²¹¹ M. NIBOUL, «L'espérance de vie du cavalier budgétaire», *C.D.P.K.*, 2014, p. 640. Pour l'auteur, cette loi au sens formel constitue, en réalité et au sens matériel, un «acte administratif du gouvernement travesti en loi par le législateur au moment d'autoriser le gouvernement à prélever et dépenser, dont la durée de vie est limitée à un an» (p. 635).

²¹² Art. 3, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État du 12 janvier 1973.

La théorie puise d'ailleurs ses racines dans deux arrêts du 9 mai 1980 qui impliquent au premier chef l'administration. Même si la Cour de cassation considère que c'est à bon droit que le juge d'appel a estimé que le ministre n'avait pas la volonté de se lier par une lettre circulaire à l'égard des entrepreneurs (ou, dans le second arrêt, par l'envoi d'un décompte), elle reconnaît que le ministre peut parfaitement s'engager par déclaration unilatérale de volonté.

L'arrêt du 3 septembre 1981 confirme ce principe. À cette occasion, la Cour refuse de censurer la décision qui avait admis dans le chef du ministre l'existence d'un engagement par déclaration de volonté unilatérale²¹³.

Même si ces affaires concernaient l'administration en tant que pouvoir exécutif, aucun obstacle dirimant ne vient heurter une application par analogie des principes dégagés à l'administration en tant que branche du pouvoir législatif.

C. Les conditions de validité de l'engagement par volonté unilatérale

42. Remarque préalable et plan. Comme le rappelle la Cour de cassation dans son arrêt phare du 9 mai 1980, «le juge du fond apprécie souverainement l'existence et la portée d'une manifestation de volonté, à condition qu'il ne méconnaisse pas la foi due aux pièces produites devant lui et dont cette manifestation de volonté se déduit»²¹⁴.

Sans vouloir nous substituer à l'appréciation souveraine de la cour d'appel, nous souhaitons mettre en exergue les solutions alternatives qui auraient pu ou dû être envisagées et/ou retenues en faisant prévaloir l'un ou l'autre élément contextuel et factuel.

Nous revenons ci-après sur les conditions de validité qui peuvent susciter la discussion dans le cadre de l'arrêt *Softenon*, à savoir l'exigence de capacité de l'auteur de l'acte (1), l'existence d'un objet dans le commerce (2) et la volonté de créer des effets de droit (3).

Nous lançons à cette occasion quelques pistes de réflexion tirées des contentieux administratif et constitutionnel.

1. La capacité

43. Capacité juridique et pouvoir. La capacité juridique, au sens large, recouvre «l'aptitude à être investi de droits ou d'obligations, dans la vie civile, et

²¹³ Voy. sur l'arrêt attaqué, Bruxelles, 6 novembre 1979, *Entr. et dr.*, 1979, p. 371. La Cour de cassation casse l'arrêt attaqué uniquement relativement au calcul des intérêts mais non en ce qui concerne l'interprétation des circulaires ministérielles (voy. L. CORNELIS, note sous Cass., 3 septembre 1981, *Entr. et dr.*, 1982, p. 140).

²¹⁴ Cass., 9 mai 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1120.

à accomplir les actes juridiques personnellement»²¹⁵. En vertu de l'article 1123 du Code civil, la capacité est reconnue à toute personne à moins que la loi ne l'ait déclarée incapable. Au sein des incapacités prévues par le législateur, on oppose l'incapacité de jouissance – à savoir l'incapacité à être titulaire de droits – à l'incapacité d'exercice – à savoir l'incapacité à les exercer²¹⁶. La notion de capacité se distingue de celle de pouvoir qui renvoie à la question de l'aptitude à agir au nom d'autrui²¹⁷.

44. Capacité et compétence de l'auteur de l'acte. Les concepts de capacité et de pouvoirs font écho, en droit public, à la question de la compétence de l'auteur de l'acte.

Dans l'affaire qui nous occupe, un détour par la Constitution s'impose.

En vertu de l'article 33 de la Constitution, une autorité publique n'a d'autres compétences que celles qui lui sont attribuées par un texte²¹⁸. L'article 36 précise que «Le pouvoir législatif fédéral s'exerce collectivement par le Roi, la Chambre des représentants et le Sénat». L'article 75 confère au Roi un droit d'initiative, à savoir celui de déposer un projet de loi au Parlement. Le Roi ne pouvant toutefois agir seul, ses actes demeurent soumis à un contreseing ministériel (art. 106 de la Constitution)²¹⁹.

Au vu de cette répartition des compétences, la lettre de la ministre de la Santé à l'égard des victimes doit être bien comprise. Elle s'inscrit dans la continuité de la décision du conseil des ministres de dégager des fonds en vue de l'indemnisation des victimes. La ministre, dans la mesure de ses pouvoirs, ne peut que s'engager à élaborer un avant-projet de loi à soumettre au conseil des ministres.

Ses compétences, en tant que ministre agissant seule, s'arrêtent là. Partant, si la ministre outrepassé ses pouvoirs, elle ne peut engager l'État sauf à recourir à la théorie de l'apparence de fonctionnalité²²⁰. Si la théorie de l'apparence est largement ancrée dans notre droit civil par le truchement de la théorie du mandat apparent²²¹, elle est moins usitée en droit public. Nous verrons qu'elle peut refaire surface sous l'angle de la théorie de la confiance légitime (*cf. infra*, nos 65 et s.).

²¹⁵ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 215.

²¹⁶ *Ibid.*, pp. 215-216.

²¹⁷ Fr. GLANSORFF et E. VAN DEN HAUTE, *Les contrats*, vol. 4, *Mandat, prêt, dépôt, transaction, contrats aléatoires*, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 422.

²¹⁸ D. RENDERS, *Droit administratif général*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 299.

²¹⁹ M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, op. cit., p. 666; D. BATSELÉ, T. MORTIER et M. SCARCEZ, *Initiation au droit constitutionnel*, op. cit., n° 344.

²²⁰ Voy. Cass., 29 mai 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 216, note R.H. Voy. aussi D. RENDERS, «La théorie du mandat apparent à l'épreuve de la Constitution», in *En hommage à Francis Delpérée – Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 1321-1332.

²²¹ Voy., par ex. et récemment, Cass., 22 février 2018, R.G. n° C.17.0302.N.

2. L'objet

45. Objet hors commerce. Selon l'article 1128 du Code civil, «il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions». Le terme commerce désigne «la possibilité pour une chose de servir d'objet à un acte juridique»²²². Cette commercialité est souvent relative²²³. Les biens du domaine public, notamment, sont en principe hors commerce²²⁴ pour garantir leur affectation au service public ou à l'usage du public²²⁵. Néanmoins, si cette affectation est respectée, ils peuvent faire l'objet de certaines conventions²²⁶.

L'objet doit donc être possible, ce qui n'est pas le cas si, dès l'origine²²⁷, la prestation promise ne peut être réalisée, pour des raisons matérielles ou juridiques²²⁸.

Cette exigence d'un objet dans le commerce trouve un écho dans le principe d'indisponibilité des compétences. En effet, même si l'engagement unilatéral du gouvernement ne portait pas, en tant que tel, sur une chose hors commerce, la portée que le juge lui attribue dans l'arrêt *Softenon* pourrait aller à l'encontre de cette indisponibilité.

46. Indisponibilité des compétences. Selon l'article 33 de la Constitution, «Tous les pouvoirs émanent de la nation. Ils sont exercés de la manière établie par la Constitution». En découle le principe d'indisponibilité des compétences²²⁹: «les dispositions légales qui fixent les compétences des autorités administratives sont d'ordre public et constituent des biens hors commerce»²³⁰. Les pouvoirs publics doivent exercer eux-mêmes, selon la répartition prévue par le Constituant, les compétences qui leur ont été confiées. Ils ne peuvent sortir de la stricte limite de leur mission, ni se départir de leurs compétences. En d'autres termes, les pouvoirs publics «ne possèdent pas la compétence de leur compétence»²³¹.

Un gouvernement ne peut dès lors s'engager, contractuellement ou par volonté unilatérale, à prendre un arrêté déterminé sur lequel il n'aurait pas

²²² M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, p. 315, n° 1900.

²²³ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 255, n° 288.

²²⁴ Cass., 25 septembre 2000, *Pas.*, 2000, p. 1399.

²²⁵ P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, *Introduction, Sources des obligations (première partie)*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 304, n° 181.

²²⁶ P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 1, op. cit., p. 304, n° 181; Cass., 18 mai 2007, R.G. n° C.06.0086.N.

²²⁷ Si c'est en cours d'existence de l'acte que son objet vient à disparaître, l'hypothèse relève de la caducité.

²²⁸ P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, vol. 1, op. cit., p. 305, n° 182.

²²⁹ P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 134-135.

²³⁰ P.-Fr. HENRARD, «La médiation en droit public: ébauche d'un mode d'emploi», *A.P.T.*, 2015, p. 374.

²³¹ B. GORS, «Du changement à la mutabilité en passant par l'adaptation continue: retour sur une loi particulière du service public dominant l'action administrative en général», in *Les principes généraux du droit administratif. Actualités et applications pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 317-318 (application en matière administrative).

encore délibéré. Il disposerait, ce faisant, d'une chose hors commerce. Notons que la loi prévoit, en cas de dissolution des chambres législatives fédérales, la caducité de tous les projets et propositions de loi déposés avant cette dissolution²³².

Partant, en condamnant l'État belge à présenter à la Chambre un projet de loi, alors que le gouvernement pouvait encore parfaitement renoncer au projet à l'étude lorsqu'est survenue la crise de 2010, on peut se demander si l'arrêt commenté respecte le principe d'indisponibilité des compétences.

47. Principe de mutabilité/loi du changement. Le principe de mutabilité mérite aussi une certaine attention. Conformément à ce principe, un arrêté valablement pris par un gouvernement engage le suivant, qui conserve toutefois le pouvoir de l'abroger, en vertu du principe de mutabilité.

Le principe du changement ou de mutabilité fait partie des «lois du service public», et est à ce titre un principe général du droit, dont la valeur est toutefois discutée²³³. Selon une définition classique et généralement admise, «la loi du changement constitue la faculté reconnue à l'autorité compétente d'adapter unilatéralement et à tout moment les conditions d'organisation et de fonctionnement du service public aux besoins changeants de l'intérêt général, voire de le supprimer»²³⁴. Ce principe «dépassé le seul cadre des services publics»²³⁵.

Qu'un avant-projet ait été délibéré ou non en conseil des ministres, il peut être considéré, sur la base de ce principe de mutabilité, que la décision de dégager un budget à consacrer à l'indemnisation des victimes ne peut engager le gouvernement suivant.

48. Processus législatif. Une autre question est celle du champ des compétences respectives des différents organes, lorsqu'ils exercent leur droit d'initiative législative. Comme nous l'avons déjà exposé, la phase préparatoire comporte un certain nombre d'étapes à respecter (cf. *supra*, n° 38)²³⁶.

In casu, lors de la survenance de la crise gouvernementale de 2010, le texte de l'avant-projet n'avait pas encore fait l'objet d'une délibération en conseil des ministres. À la lumière de l'enseignement de la Cour de cassation, il semble toutefois difficile d'y voir une cause de nullité de l'acte, d'autant plus que le

²³² Art. 2, al. 1^{er}, de la loi du 5 mai 1999 relative aux effets de la dissolution des Chambres législatives fédérales à l'égard des projets et propositions de loi dont elles sont saisies, *M.B.*, 7 mai 1999. Rien n'empêche le gouvernement suivant ou un parlementaire nouvellement élu de relever de leur caducité les textes en question.

²³³ B. GORS, «Du changement à la mutabilité en passant par l'adaptation continue: retour sur une loi particulière du service public dominant l'action administrative en général», *op. cit.*, pp. 310 et s. Le Conseil d'État en fait un principe général de droit administratif, voy. C.E., *Immoel*, 2 décembre 2014, n° 229.409.

²³⁴ B. GORS, «Du changement à la mutabilité en passant par l'adaptation continue: retour sur une loi particulière du service public dominant l'action administrative en général», *op. cit.*, pp. 310-311; P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 316.

²³⁵ B. GORS, «Du changement à la mutabilité en passant par l'adaptation continue: retour sur une loi particulière du service public dominant l'action administrative en général», *op. cit.*, p. 313.

²³⁶ M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 354.

conseil des ministres s'était déjà prononcé sur le principe même de l'indemnisation des victimes du *Sofienon*, comme l'attestent le communiqué de presse et la lettre de la ministre. Une délibération avait donc eu lieu, mais en amont de l'élaboration du texte.

Tout avant-projet de loi doit ensuite être soumis à l'avis motivé de la section de législation du Conseil d'État²³⁷. Cette formalité n'est pas requise pour les avant-projets dépourvus de caractère normatif²³⁸: les lois coordonnées sur le Conseil d'État excluent ainsi les projets relatifs aux budgets, aux comptes, aux emprunts, aux opérations domaniales et au contingent de l'armée²³⁹. Dans l'arrêt étudié, si la décision prise par le conseil des ministres l'a été dans le cadre du contrôle budgétaire, le texte à adopter ne se rapportait toutefois plus au budget en tant que tel, mais à la création de la base légale requise pour permettre le paiement par l'INAMI du montant de 5 millions d'euros à une fondation d'utilité privée à créer. Il est donc étonnant de se dispenser de l'avis du Conseil d'État, légalement prévu.

Enfin, l'avant-projet de loi est délibéré en conseil des ministres, signé par le Roi et contresigné par le ministre compétent. Il prend alors la forme d'un arrêté royal de présentation du projet de loi et est déposé sur le bureau de l'une des assemblées²⁴⁰.

L'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles retient un engagement par déclaration unilatérale de volonté de l'État belge de présenter à la Chambre des représentants un avant-projet de loi déterminé à insérer dans la prochaine loi budgétaire²⁴¹. Il se base, pour ce faire, sur une décision du conseil des ministres prise dans le cadre du contrôle budgétaire, faisant fi, à tout le moins et sauf à considérer que ces étapes sont comprises implicitement dans le dispositif de la décision rendue, de l'avis de la section de législation du Conseil d'État, de la signature du Roi et du contresigne ministériel.

Le processus législatif nous semble avoir été quelque peu court-circuité²⁴².

²³⁷ Art. 3, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État du 12 janvier 1973.

²³⁸ M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 355.

²³⁹ Art. 3, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État du 12 janvier 1973.

²⁴⁰ Voy. D. BATSELÉ, T. MORTIER et M. SCARCEZ, *Initiation au droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 254, n° 254.1 et p. 255, n° 256.

²⁴¹ L'insertion dans la loi budgétaire des dispositions relatives à l'indemnisation des victimes du *Sofienon* pourrait relever de la technique du cavalier budgétaire. Voy., sur le cavalier budgétaire, M. NIHOUL, «L'espérance de vie du cavalier budgétaire», *op. cit.*, p. 635. Pour une décision récente, voy. C.E., *Commune de Jalhay*, 16 septembre 2019, n° 245.449.

²⁴² Dans le système constitutionnel belge, on peut s'interroger sur le caractère plus ou moins contraignant des étapes que nous avons rappelées. Au-delà d'une nouvelle délibération en conseil des ministres, on peut ainsi se demander si le juge méconnaît le principe d'indisponibilité des compétences en outrepassant la signature du Roi. Francis Delpérée écrit à cet égard: «Le Roi et ses ministres ne se situent pas dans une relation d'indépendance réciproque. Ils ne statuent pas de manière autonome. Le pouvoir exécutif fédéral, à la différence du pouvoir législatif fédéral, est un. La volonté qu'il exprime n'est pas divisible. En cas de divergence, il n'y a pas absence de décision. L'un est appelé à l'emporter sur l'autre. Dans la mesure où la responsabilité – entendue en termes juridiques – des actes du pouvoir exécutif fédéral repose sur les seules épaules des ministres, leur volonté est vouée à prévaloir. En pratique, le Roi est donc

3. La volonté de créer des effets de droit

49. L'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles. La cour se montre peu disert sur la nécessité pour le déclarant d'avoir voulu attacher des effets de droit à la volonté émise²⁴³. Elle considère de manière fort succincte que : « ainsi que le soutiennent les appelants précités, il s'agit incontestablement d'un engagement unilatéral, de surcroît confirmé publiquement par un communiqué de presse du 20 mars 2010 ».

Il convient dès lors de repartir, d'une part, du courrier adressé à la ministre et, d'autre part, du communiqué de presse, afin d'apprécier l'existence de cette volonté de créer des effets de droit, tout en rappelant que cette question relève de l'appréciation souveraine du juge du fond.

50. Le courrier de la ministre. La lettre adressée par la ministre de la Santé aux conseils des personnes concernées est, pour rappel, formulée comme suit :

« J'ai le plaisir de vous communiquer la décision qui a été prise à mon initiative par le conseil des ministres à l'issue des négociations qui sont intervenues dans le cadre du récent contrôle budgétaire à propos des victimes de la thalidomide : un montant unique de 5.000.000 euros est prévu au bénéfice des victimes de la thalidomide, montant qui sera pris en charge sur le budget des frais d'administration de l'INAMI et compensé à l'intérieur de l'objectif budgétaire global des soins de santé. »

Cette somme sera attribuée à une fondation d'utilité privée dont l'objet social sera l'octroi d'une somme forfaitaire à chaque victime née en Belgique entre le 1^{er} janvier 1958 et le 1^{er} avril 1963, dont il sera démontré qu'elle souffre de malformations congénitales liées à la prise par la mère pendant la grossesse d'un des médicaments distribués en Belgique par la firme R. COLES, contenant de la thalidomide.

Il s'agit là du mandat qui m'a été confié par le gouvernement, et j'entends bien entendu l'exécuter, en premier lieu en créant dans les plus brefs délais la base légale requise pour permettre le paiement par l'INAMI du montant de 5.000.000 euros à la fondation à créer. Il s'agit d'une décision inespérée compte tenu du contexte budgétaire actuel, lequel est particulièrement difficile, et je suis heureuse d'avoir pu l'obtenir dans ces conditions ».

À l'examen, les termes de ce courrier renvoient davantage à un engagement politique que juridique.

amené à prendre des décisions « qui peuvent lui déplaire qu'(il) a dû approuver parce qu'elles émanent d'un gouvernement jouissant de la confiance des Chambres » (A. Molitor). L'observation est importante. Dans la mesure où l'article 106 de la Constitution met à charge des ministres la responsabilité des actes du pouvoir exécutif, il leur transfère le droit d'initiative dans l'action gouvernementale. Le régime parlementaire qui repose tout entier sur le système de responsabilité ministérielle marque l'effacement des pouvoirs de décision qui pouvaient être reconnus au Roi » (Fr. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, n° 501, pp. 474-475).

²⁴³ L. SIMONT, « L'engagement unilatéral », *op. cit.*, p. 24 ; M. COPEL, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale et son intérêt particulier en droit des sociétés », *op. cit.*, p. 25 ; A. DE BOECK, « De verbintenissen uit eenzijdige wilsverklaring », *op. cit.*, p. 22.

Plusieurs éléments plaident, à notre estime, en ce sens.

Tout d'abord, il convient de rappeler que le budget tel qu'établi par le gouvernement n'est qu'un projet budgétaire et n'est nullement contraignant.

Ensuite, comme le précise le libellé du courrier (*cf.* « J'entends bien entendu l'exécuter, en premier lieu en créant dans les plus brefs délais la base légale requise »), il s'agit d'une décision du conseil des ministres qui doit encore être concrétisée. Cette décision ne crée pas, à ce stade, de véritables droits subjectifs dans le chef des victimes.

De surcroît, le processus législatif qui suivra la rédaction du projet de loi échappera totalement à l'emprise de la ministre puisqu'il devra notamment être soumis à l'approbation du conseil des ministres avant d'être déposé au Parlement, lequel sera seul habilité à prendre position sur l'éventuelle adoption de la loi.

Enfin, l'on ne doit pas non plus perdre de vue la finale du courrier qui précise à juste titre que « Pour le surplus, je ne dispose d'aucun mandat pour un quelconque engagement au-delà de ce qui a été décidé par le gouvernement ».

Il aurait certainement été plus opportun d'employer le mode conditionnel. Force est alors de concéder que le message politique en aurait été largement déformé. Il ne faut pas négliger l'impact politique en termes de visibilité, d'image, voire d'intentions de vote d'un tel courrier. Quoi qu'il en soit, il nous semble que le contenu relève davantage de la sphère politique que de la sphère juridique.

51. Examen du communiqué de presse du 22 mars 2010. Pour la cour, le communiqué de presse du 22 mars 2020 ne viendrait que confirmer l'engagement par déclaration unilatérale de volonté.

Ce communiqué est libellé comme suit :

« À la demande de Laurette Onkelinx, le gouvernement a accepté de réserver un montant de 5 millions d'euros au bénéfice des victimes de la thalidomide, plus communément connue sous le terme Softenon. »

Ce montant sera versé à une Fondation, encore à créer, qui sera chargée de répartir ce montant entre les personnes concernées.

Cette mesure, portée avec conviction par la ministre, représente un geste important de soutien à ces personnes atteintes de malformations congénitales particulièrement handicapantes ».

D'emblée, on peut s'interroger sur la chronologie des éléments invoqués par la cour. Le communiqué de presse, pourtant antérieur au courrier, viendrait, en réalité, confirmer l'engagement qu'il contient.

Ensuite, on est à nouveau confronté à cette ligne de démarcation – souvent ténue – qui sépare la déclaration d'intention de la véritable volonté de s'engager. Le caractère poreux de cette frontière est encore aggravé par le fait que, dans la vie politique, les simples déclarations se mêlent et s'entremêlent à de véritables engagements juridiques.

On peut évidemment concéder que les termes employés dans le courrier inclinent à penser, sous la réserve des termes « Fondation, encore à créer » que la décision prise par le gouvernement a déjà fait naître une obligation d'indemnisation dans le chef de l'État. Il convient cependant d'avoir égard non seulement au contexte politique des déclarations, mais également au fait que le communiqué de presse reste avant tout un outil de communication et d'information.

Même s'il demeure difficile de soutenir que le communiqué pourrait en soi et à lui seul constituer ici la source d'un engagement par volonté unilatérale, il n'est, par contre, pas d'office exclu d'attribuer à un communiqué, dans certaines circonstances, la valeur d'un engagement juridique.

52. L'avant-projet de loi programme. En marge de ces deux documents (communiqué de presse et courrier aux avocats des victimes), la cour d'appel semble également faire grand cas de l'avant-projet de loi-programme accompagnant le premier ajustement budgétaire. Elle souligne en effet qu'en avril 2010, l'État belge a déjà pris les engagements de créer une fondation destinée aux victimes et de soumettre à la Chambre un projet de loi. Ce dernier est d'ailleurs reproduit *in extenso* dans la décision rendue.

D'après les informations disponibles, il semble que cet avant-projet n'a toutefois jamais été diffusé ni publié sur le site de la Chambre des représentants. Outre l'absence d'extériorisation, la volonté de créer des effets de droit et les conséquences que la cour en tire nous paraissent se heurter au principe d'indisponibilité des compétences et à la loi du changement.

53. La jurisprudence du Conseil d'État. Bien qu'elle relève d'un autre contentieux (*cf. supra*, n° 39), la jurisprudence du Conseil d'État apporte plusieurs éclairages sur l'appréciation casuistique à adopter. La délicate frontière entre déclaration d'intention et acte administratif susceptible de recours émaille la jurisprudence de la Haute juridiction administrative.

Les décisions qui refusent de consacrer l'existence d'une véritable décision sont nombreuses. À l'analyse, le Conseil d'État se montre souvent peu enclin à conférer un effet obligatoire aux déclarations des ministres. Nous épinglons quelques décisions rendues à cet égard.

- C.E., *S.P.R.L. Nationale foncière*, 6 août 1997, n° 67.679 :
« Lorsque l'autorité communale émet un avis sur la demande avant de la transmettre au fonctionnaire délégué, elle ne prend pas une décision susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation, mais pose un acte préparatoire ; qu'elle ne prend pas plus d'acte susceptible de recours lorsqu'elle annonce son intention d'exiger une étude d'incidence si la procédure est poursuivie, et celle de mettre tout en œuvre pour que le projet n'aboutisse pas ; qu'en effet ces déclarations d'intention ne sont pas des décisions ayant un effet juridique, et qu'elles ont pour seul objet d'informer le demandeur de permis de l'attitude que la commune se propose d'adopter s'il persiste dans sa demande ».

- C.E., *S.A. Eumedica*, 25 août 1998, n° 75.614 :
« Considérant que malgré l'ambiguïté de ses termes, l'acte attaqué apparaît non pas comme une décision exécutoire de nature à faire immédiatement grief à la requérante mais comme la manifestation de l'intention de la partie adverse de prolonger la mesure de suspension initiale du *Rumalon* ; qu'au surplus, cette intention est explicitée par un courrier du 24 juin 1998 que la partie adverse a fait parvenir à l'auditeur-rapporteur, dont il ressort que la question de la prolongation de la suspension initiale du *Rumalon* ne sera concrètement examinée qu'au moment où elle sera en possession de l'avis de la commission des médicaments ; qu'en tant qu'il a pour objet une décision qui n'existe encore qu'à l'état de projet, le recours est prématuré »²⁴⁴.
- C.E., *Gilquin*, 28 septembre 2000, n° 89.870 :
« Une telle décision constitue une prise de position politique à l'égard d'un acte sur lequel le conseil s'estime dépourvu de prise, et qu'il ne lui appartient pas, en droit, d'accepter ou de refuser ; qu'il s'agit d'une manifestation d'opinion qui n'a ni pour effet ni pour ambition de modifier l'ordonnancement juridique ; qu'elle ne constitue pas un acte susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation, ni, partant, d'une demande de suspension ; que la demande de suspension est irrecevable en son premier objet »²⁴⁵.
- C.E., *Triest*, 27 mai 2008, n° 183.470 :
« Des déclarations ministérielles ne constituent pas une source de droit. Il peut d'autant moins en être tenu compte lorsque le requérant n'en a pas déposé la copie et n'en a pas indiqué les références ».
- C.E., *Commune d'Ixelles*, 7 avril 2009, n° 192.236 :
« Considérant qu'aucune règle de droit, et en particulier aucune de celles qui sont visées au moyen, n'interdit que la charge budgétaire des services de police n'augmente pour les communes ; que les déclarations, au demeurant non identifiées avec précision, qui ont pu être faites lors de la discussion de la réforme des polices, ne constituent pas des règles de droit ».
- C.E., *Mary*, 22 juin 2011, n° 214.043 :
« L'indication par la partie adverse que la décision allait être prise le jour même de l'audition ne constitue qu'une déclaration d'intention et non un acte réglementaire qui justifierait l'application du principe *patere legem quam ipse fecisti* ».

²⁴⁴ Dans cette affaire, la ministre de la Santé publique avait fait connaître à la partie requérante son intention de prolonger, pour une période d'une année, la suspension de la délivrance de la spécialité pharmaceutique « *Rumalon* ».

²⁴⁵ Le Conseil d'État devait analyser un communiqué de presse publié par le conseil d'administration de la RTBF déplorant la décision prise par le gouvernement de la Communauté française-Wallonie-Bruxelles.

- C.E., *Soors*, 27 octobre 2011, n° 216.095 :
« En vertu du principe de la légitime confiance, l'administré doit pouvoir compter sur une ligne de conduite claire et bien définie de l'autorité ou sur des promesses qui lui auraient été faites par l'autorité dans un cas concret [...], la circonstance que la partie adverse ait, à la demande du requérant, décidé d'exclure l'intégralité de la parcelle n° 34a9 du périmètre du site n° SAR/LS152 dit "Boch-Kéramis" à l'occasion de l'adoption de l'arrêté ministériel du 23 janvier 2007 arrêtant provisoirement le périmètre du site précité, ne constitue ni une promesse ni une assurance de ne pas insérer une partie de cette parcelle dans le périmètre définitif de réaménagement du site ».
- C.E., *S.A. Brussels Airlines*, 3 juillet 2013, n° 224.232 :
« Les engagements pris par un ministre ne constituent pas une règle de droit, particulièrement quand l'engagement porte sur la non-application d'une loi. Aucun principe de légitime confiance ou de bonne administration ne peut valider un tel engagement ».
- C.E., *Squilbin*, 26 mai 2015, n° 231.325 :
« Le ministre-président et le ministre en charge du Développement durable ne pouvaient donc, à eux seuls, décider du non-renouvellement des mandats des directeurs en place, le dossier devant être soumis à l'approbation du gouvernement wallon ; qu'en conséquence, le courrier du 14 mai 2014 ne contient aucune décision définitive concernant le sort des différents directeurs de la CWaPE mais fournit une explication sur la situation juridique actuelle des personnes en question ».
- C.E., *Wilhelmi*, 22 mai 2017, n° 238.284 et C.E., *A.S.B.L. Bruxelles Air libre e.a.*, 22 mai 2017, n° 238.283 :
« Les décisions du conseil des ministres constituent des accords politiques et n'ont, en droit, aucune valeur normative. Le fait que le secrétaire d'État prenne des décisions qui ne respectent pas ces accords politiques est certes de nature à lui attirer la réprobation ou le désaveu d'autres membres du gouvernement, et à provoquer des dissensions pouvant aller jusqu'à la crise politique, mais c'est là un problème relevant de la discipline gouvernementale, qui ne peut trouver de sanction que sur le plan politique. L'édition d'instructions qui ne respectent pas ces accords n'a pas pour conséquence que ces instructions seraient illégales.
L'indication, par le secrétaire d'État, de sa volonté d'exécuter les décisions du conseil des ministres ne peut avoir pour effet de conférer une force juridiquement obligatoire à un acte qui est foncièrement de nature politique et qui le reste quels que soient les termes utilisés dans l'instruction qui en constitue à la fois la mise en œuvre et la traduction en termes juridiques. Le secrétaire d'État ne pourrait ériger les décisions du conseil des ministres en normes juridiques susceptibles de conditionner la légalité de ses propres

décisions ni expressément, ni indirectement, par l'indication du contexte politique dont procède l'instruction qu'il donne à ses services ».

Il n'est toutefois pas exclu de déceler, au regard des circonstances du cas d'espèce et du comportement de l'autorité administrative, davantage qu'une simple déclaration d'intention.

- C.E., *Deprez*, 16 juillet 2004, n° 133.978 :
« Il ressort effectivement du courrier adressé à la requérante par la partie adverse le 6 juillet 2004, que le bourgmestre de la commune de Bernissart a "proposé qu'une mise à l'essai de (la) proposition d'extension soit acceptée jusqu'au 31 août 2004", qu'"une nouvelle évaluation sera effectuée début septembre en tenant compte des rapports de la police locale et des mesures que la division de la Police de l'Environnement devrait réaliser au niveau des nuisances sonores" et que "c'est à l'occasion de cette évaluation que le collègue échevinal statuera définitivement sur la proposition d'extension demandée par Madame Deprez et (qu'il prendra) ou non l'arrêté du bourgmestre ordonnant la fermeture pour un mois du dancing" »²⁴⁶.

Au vu de cette jurisprudence, nous sommes d'avis qu'il faut veiller à ne pas déceler trop facilement des engagements juridiques là où sont formulées de simples déclarations d'ordre politique. La décision du tribunal de première instance de Bruxelles du 8 décembre 1986²⁴⁷ accrédite, à notre estime, ce point de vue. L'affaire soumise à l'appréciation du tribunal concernait une convention portant sur l'attribution de mandats politiques. Pour le tribunal, l'accord politique qui concerne l'attribution de mandats politiques ne peut constituer la source d'obligations. L'objet d'une telle convention est, par ailleurs, illicite. Tout au plus pourrait-on y déceler un *gentlemen's agreement*²⁴⁸.

Dans l'arrêt *Softenon*, malgré le pouvoir d'appréciation souverain de la cour, cette condition essentielle de l'engagement par volonté unilatérale aurait mérité davantage de précisions. Elle reste discutable tandis que le risque d'ouvrir la boîte de Pandore est réel.

54. Une décision de principe de l'autorité administrative ? La décision du conseil des ministres ne constitue-t-elle pas tout simplement une décision de principe, laquelle serait insusceptible de recours ? Lorsqu'une autorité administrative prend une décision à propos d'une situation actuelle précise, soumise à son pouvoir discrétionnaire, mais devant nécessairement être suivie d'une concrétisation juridique ou de la réalisation d'une condition, on parle

²⁴⁶ La décision s'inscrit dans le cadre d'une requête en suspension du principe de la légitime confiance et du principe de sécurité juridique. Le Conseil d'État considère le moyen comme sérieux en épinglant une lettre adressée par la commune à la requérante.

²⁴⁷ Civ. Bruxelles, 8 décembre 1986, *R. W.*, 1987-1988, p. 513, note M. BOES.

²⁴⁸ Soit un engagement d'honneur, dont l'inobservation ne peut, sauf circonstances exceptionnelles, être invoquée en justice. Voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 61, n° 42.

de décision de principe²⁴⁹. Cette dernière relève du choix d'une politique et peut n'avoir qu'un caractère préparatoire: elle est, dans ce cas, insusceptible de recours²⁵⁰. En revanche, «lorsque la décision de principe modifie par elle-même l'ordonnancement juridique et ne ressortit plus à la seule définition d'un choix politique, il s'agit alors bien d'un acte susceptible de recours»²⁵¹.

Le feu vert donné à la ministre dans le cas d'espèce ne s'apparente-t-il pas à un acte au caractère essentiellement préparatoire? Peut-on parler pour autant d'un simple choix politique devant encore être concrétisé ultérieurement? La réponse à ces questions est loin d'être anodine, puisqu'elle peut, le cas échéant, priver le justiciable de tout recours fondé sur l'engagement litigieux.

D. Sanctions

55. Compétence des juridictions judiciaires. Les juridictions de l'ordre judiciaire sont le «juge de droit commun de l'administration»²⁵² (art. 144, 145 et 159 de la Constitution)²⁵³. Elles connaissent des litiges por-

²⁴⁹ J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, vol. 1, op. cit., p. 556, n° 253.1.7.; C.E., Miller, 21 novembre 1994, n° 50.923.

²⁵⁰ Dans le contentieux de l'annulation, voy. C.E., Janssens, 17 octobre 1994, n° 49.708; C.E., A.S.B.L. La Gaume, 11 juillet 2008, n° 185.374; C.E., Gilquin, 28 septembre 2000, n° 89.870; C.E., Ville d'Andenne, 12 septembre 2002, n° 110.190; C.E., Duquenoy, 17 février 2003, n° 115.977.

²⁵¹ J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, vol. 1, op. cit., pp. 557-558, n° 253.1.7., citant C.E., Commune de Woluwe-Saint-Pierre, 19 décembre 2003, n° 126.669; C.E., Cops, 13 mai 1980, n° 20.322; C.E., Zanzu, 29 janvier 1981, n° 20.919; C.E., Bosseloir, 26 février 1991, n° 20.977; C.E., Frère, 25 novembre 1981, n° 21.591.

²⁵² D. LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Bruxelles, Bruylant, 1986, pp. 19 et s., spéc. p. 30.

²⁵³ La reconnaissance, en droit belge, des «actes de gouvernement» est controversée. Selon cette théorie, toute action en justice contre de tels actes serait irrecevable, compte tenu de leur teneur essentiellement politique. L'acte de gouvernement se définit comme «l'acte qui – procédant de l'exercice d'une compétence discrétionnaire, donc d'une compétence qui reconnaît à l'autorité administrative une certaine marge d'appréciation –, serait soustrait à la censure du Conseil d'État et au pouvoir de censure des cours et tribunaux, au motif qu'il revêt un caractère politique tellement prégnant qu'il sortirait, par ce fait, de la sphère de compétence de ces juridictions» (D. RENDERS, «Dans quelle mesure le principe de la séparation des pouvoirs fait-il interdiction au juge de condamner l'administration à réparer en nature le dommage causé par sa faute extracontractuelle?», note sous Cass., 4 septembre 2014, R.G.D.C., 2015, p. 575). En France, la théorie des actes de gouvernement exclut notamment du contentieux tant judiciaire qu'administratif les actes du pouvoir exécutif concernant ses relations avec le Parlement. La question de l'existence de pareils actes chez nous se pose notamment à propos des actes mixtes, qui touchent au fonctionnement à la fois du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif. Ainsi le Conseil d'État s'est-il déjà déclaré incompétent pour connaître de la promulgation d'un décret par l'exécutif de la Communauté française, s'agissant d'un acte qui vise essentiellement «le fonctionnement des institutions politiques» (C.E., Communauté flamande, 4 novembre 1985, n° 25.797; C.E., Communauté flamande, 10 juillet 1990, n° 35.432). «En conclusion, il est permis de considérer que, si la section du contentieux administratif ne consacre pas expressément, en tant que telle, la notion d'"acte de gouvernement", elle n'en arrive pas moins, dans un certain nombre de cas, au même résultat pratique, et ce, par le contenu qu'elle accepte de donner aux notions d'"actes administratifs" (voy., par exemple, le recours à la notion d'"acte mixte") et d'"autorité administrative" (voy., par exemple, le recours à la notion d'"acte du pouvoir exécutif" participant directement à "l'exercice de la fonction législative ou politique")» (J. SALMON, J. JAUMOTTE

tant sur des droits subjectifs²⁵⁴. Dans ce cadre, elles sont amenées à apprécier la légalité de l'action des autorités administratives. Le juge n'est pas pour autant saisi du contentieux objectif: il ne peut remettre en question l'acte en tant que tel, mais il lui revient de statuer sur les conséquences qui en découlent pour le citoyen.

56. Plan. Sous cette rubrique, nous abordons le volet des sanctions du non-respect de l'engagement unilatéral. Le primat de l'exécution en nature est tout d'abord rappelé (1). Ensuite, nous voyons dans quelle mesure l'exécution en nature de l'engagement peut porter atteinte au principe de séparation des pouvoirs (2). L'effectivité de la condamnation prononcée par la cour d'appel de Bruxelles est également mise à l'épreuve (3) tandis que l'examen du principe de la confiance légitime offre d'autres perspectives (4). Enfin, nous nous interrogeons sur le respect du principe dispositif (5).

1. L'exécution en nature

57. Demande des victimes du Softenon. La demande formée à titre subsidiaire par les victimes du *Softenon* portait sur l'exécution de l'engagement par déclaration unilatérale de volonté de l'État belge. Elle visait «à constituer, dans les 3 mois de la décision à intervenir et sous peine d'une astreinte de 5.000 euros par jour de retard, une fondation d'utilité privée à laquelle sera attribuée une somme de 5.000.000,00 euros, [...] et dont l'objet social sera l'octroi d'une somme forfaitaire à chaque victime née en Belgique entre le 1^{er} janvier 1958 et le 1^{er} avril 1963 [...]».

58. Exécution en nature. L'exécution en nature de l'obligation²⁵⁵, qu'elle résulte d'un contrat ou d'un acte unilatéral²⁵⁶, «n'est rien d'autre que la réalisation de l'obligation telle qu'elle avait vu le jour»²⁵⁷. Par cette exécution, l'obligation est «payée» au sens des articles 1235 et suivants du Code civil et dans le respect de la convention-loi. Pour atteindre ce résultat, le juge dispose du pouvoir de condamner *ad ipsam rem*, quel que soit l'objet de l'obligation en souffrance²⁵⁸.

et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, vol. 1, op. cit., pp. 463 et s., spéc. p. 467). Sur cette question, voy. not. M. LEROY, «Les actes de gouvernement: un spectre qui hante la jurisprudence du Conseil d'État», A.P.T., 1999, pp. 183-189; J. CONRADT, «L'acte de gouvernement dans la jurisprudence des juridictions administratives françaises et belges», in *Liber amicorum Jean-Pierre de Baudt*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 809-841.

²⁵⁴ Sur la notion de droit subjectif, voy. A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *Précis de droit administratif belge*, Bruxelles, Story-Scientia, 1989, pp. 525 et s.

²⁵⁵ Sur ce sujet, voy. P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, Bruxelles, Kluwer, 1993.

²⁵⁶ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, op. cit., n°s 56 et s.

²⁵⁷ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, op. cit., p. 437, n° 496.

²⁵⁸ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, op. cit., p. 441, n° 500.

Une jurisprudence et une doctrine largement majoritaires consacrent la primauté de l'exécution en nature²⁵⁹, qui constitue le mode normal d'exécution des obligations²⁶⁰. Tant le créancier que le débiteur disposent du droit de la demander ou de la proposer en justice²⁶¹, pour autant qu'elle soit encore satisfaisante pour le créancier²⁶².

59. Distinction avec la réparation en nature. Même si les deux termes sont souvent utilisés l'un pour l'autre, l'exécution en nature ne peut se confondre avec la réparation en nature. Cette dernière doit en effet être ramenée dans de justes proportions, en corrigeant l'hypertrophie du concept dénoncée par Patrick Wéry²⁶³. Le domaine de la réparation est celui de la responsabilité civile : la réparation en nature procure au créancier insatisfait un équivalent non pécuniaire compensant le préjudice causé par la faute ou le fait du débiteur. L'exécution en nature, quant à elle, ne requiert pas la preuve des conditions de la responsabilité civile, mais a pour but de faire respecter un droit de créance^{264 265}. L'arrêt *Softenon* concerne donc bien cette seconde hypothèse.

60. Limites à l'exécution en nature de l'acte. L'exécution en nature n'est pas toujours possible.

Elle peut ne pas l'être parce que l'acte dont l'exécution est poursuivie n'est pas valable, pour un motif tenant à son objet ou à la capacité de son auteur (*cf. supra*, n^{os} 43-48).

Elle peut également devenir impossible par la survenance d'une cause étrangère libératoire²⁶⁶. Le débiteur est alors libéré tant de l'exécution en nature que de la réparation du dommage. *In casu*, on peut se demander si la chute du gouvernement peut être assimilée à un cas de force majeure²⁶⁷. L'exigence d'un

événement constituant un obstacle définitif²⁶⁸ ne nous paraît cependant pas satisfaite, pas plus que son caractère étranger à la personne du débiteur.

Si l'impossibilité d'exécuter en nature est due à une faute du débiteur ou si, bien que l'exécution en nature soit encore possible, l'exiger relèverait de l'abus de droit²⁶⁹, elle se résoudra par équivalent, généralement par l'allocation de dommages et intérêts.

2. Le principe de la séparation des pouvoirs

61. Position du problème. L'exécution en nature peut être impossible en raison d'obstacles tant matériels que juridiques. Au rang des seconds, on retrouve la séparation des pouvoirs²⁷⁰. Une condamnation judiciaire ne peut empiéter sur les pouvoirs qui ont été spécialement confiés à l'administration, qui n'est plus alors un justiciable comme un autre²⁷¹.

Consacrée notamment aux articles 36, 37 et 40 de la Constitution, la séparation des pouvoirs est un principe général de droit à valeur constitutionnelle²⁷². Elle est « organisée pour, à la fois, identifier l'autorité publique spécialement chargée de la fonction, préserver la répartition des fonctions établies, mais aussi assurer la collaboration et le contrôle dans l'exercice des fonctions détenues par les autorités instituées, qu'on appelle corps – ou pouvoirs – constitués »²⁷³. Un équilibre doit être préservé, en évitant une lecture « pusillanime »²⁷⁴ ou « fri-

²⁵⁹ Cass., 6 mars 1919, *Pas.*, 1919, I, p. 80 ; Cass., 5 janvier 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 567 ; Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, n^o 179 ; *J.L.M.B.*, 1995, p. 1240, obs. J.-Fr. JEUNEHOMME ; Cass., 30 janvier 2003, *R.G.D.C.*, 2004, p. 405.

²⁶⁰ Cass., 24 février 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 794, note F.D. ; P. WÉRY, « La réparation en nature du dommage en matière de responsabilité civile extracontractuelle », note sous Cass., 5 mai 2011, *R.G.D.C.*, 2012, p. 251.

²⁶¹ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 444-446, n^{os} 504-505.

²⁶² Cass., 30 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 95.

²⁶³ P. WÉRY, « Condamnations non pécuniaires, réparation en nature et remplacement judiciaire en matière extracontractuelle », obs. sous Liège, 8 juin 1993, *J.T.*, 1995, p. 430.

²⁶⁴ *Ibid.*, pp. 431-432.

²⁶⁵ On retiendra encore qu'en matière de responsabilité, c'est le juge qui délivre le titre permettant d'exiger le paiement (D. RENDERS, « Dans quelle mesure le principe de la séparation des pouvoirs fait-il interdiction au juge de condamner l'administration à réparer en nature le dommage causé par sa faute extracontractuelle ? », note sous Cass., 4 septembre 2014, *R.G.D.C.*, 2015, p. 578). À l'inverse, dans le cas qui nous occupe, ce titre – l'engagement par déclaration unilatérale de volonté – préexiste au contrôle judiciaire.

²⁶⁶ Art. 1147-1148 C. civ. On ne parlera pas ici de la théorie des risques, qui ne concerne que les contrats synallagmatiques, *cf.* Cass., 27 juin 1946, *Pas.*, 1946, I, p. 270 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 504 et s.

²⁶⁷ La force majeure est un obstacle insurmontable à l'exécution de l'obligation (Cass., 9 décembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 408). Il doit s'agir d'un événement imprévisible, irrésistible et non imputable au débiteur : Cass., 15 février 1951, *Pas.*, 1951, I, pp. 388 et s. ; voy. Fr. GLANSDORFF, « La force majeure », *J.T.*, 2019,

pp. 355-358 ; S. STRIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht*, vol. 1, Bruges, die Keure, 2005, pp. 149 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 540, n^o 564. Une partie de la doctrine plaide pour une interprétation raisonnable et humaine, voy. J.-Fr. GERMAIN, Y. NINANE et J. VAN ZUYLEN, « La force majeure dans le droit commun des obligations contractuelles », in *La force majeure. État des lieux*, Limal, Anthémis, 2013, pp. 29 et s.

²⁶⁸ Si l'obstacle est temporaire, l'exécution n'est que suspendue : Cass., 13 janvier 1956, *Pas.*, 1956, I, p. 461.

²⁶⁹ Cass., 16 janvier 1986, *Pas.*, 1986, I, n^o 317 ; Cass., 14 octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2643 ; Cass., 5 mai 2011, *R.C.J.B.*, 2012, pp. 363-381, n^o 3.

²⁷⁰ P. WÉRY, « La réparation en nature du dommage en matière de responsabilité civile extracontractuelle », *op. cit.*, pp. 251-252 ; Civ. Bruxelles, 4 octobre 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1057.

²⁷¹ D. RENDERS, « Dans quelle mesure le principe de la séparation des pouvoirs fait-il interdiction au juge de condamner l'administration à réparer en nature le dommage causé par sa faute extracontractuelle ? », *op. cit.*, p. 578.

²⁷² Cass., 5 septembre 1856, *Pas.*, I, p. 455 ; Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 193 ; Cass., 23 juillet 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 212 ; Cass., 26 juin 1980, *J.T.*, 1980, p. 707 ; Cass., 21 mars 1985, *Bull.*, 1985, n^o 445 ; Cass., 22 mai 1987, *Bull.*, 1987, n^o 577 ; Cass. (ch. réun.), 12 février 1996, *J.T.*, 1996, p. 281 ; Cass., 10 juin 1996, *J.T.*, 1997, p. 198 ; D. RENDERS, « Dans quelle mesure le principe de la séparation des pouvoirs fait-il interdiction au juge de condamner l'administration à réparer en nature le dommage causé par sa faute extracontractuelle ? », *op. cit.*, p. 573.

²⁷³ D. RENDERS, « Dans quelle mesure le principe de la séparation des pouvoirs fait-il interdiction au juge de condamner l'administration à réparer en nature le dommage causé par sa faute extracontractuelle ? », *op. cit.*, p. 574.

²⁷⁴ Q. PRIFER, « La réparation en nature du dommage causé par une carence réglementaire », obs. sous Civ. Bruxelles, 4 octobre 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1059.

leuse»²⁷⁵ du principe, au nom duquel le pouvoir judiciaire renoncerait à exercer le contrôle qui lui incombe.

Dans l'arrêt *Softenon*, la cour d'appel de Bruxelles condamne l'État belge à déposer un avant-projet de loi conforme à un texte repris dans le corps même de la décision. Ce faisant, le juge contrevient-il à la séparation des pouvoirs?

62. Enseignements jurisprudentiels. La jurisprudence et la doctrine relatives à la responsabilité des pouvoirs publics retiennent depuis longtemps, en application des articles 144 de la Constitution et 1382 du Code civil, la possibilité de condamner l'État, tant que le juge ne s'arroge pas la décision d'opportunité, le pouvoir discrétionnaire dont dispose l'autorité²⁷⁶. Cela concerne également la responsabilité de la puissance publique à l'occasion des actes ou omissions du pouvoir législatif²⁷⁷.

En matière de régulation des routes aériennes, le juge peut par exemple sanctionner la mauvaise utilisation d'un critère servant de base à la décision de l'administration (en l'occurrence, la densité de la population, guidant le choix de concentrer les voies aériennes afin de limiter le nombre de victimes des nuisances sonores). Il ne peut en revanche substituer un autre critère (le taux d'exposition) en vue de ce qu'il considère comme l'utilisation optimale des routes aériennes: «Attendu que l'administration qui prend une décision sur la base de sa compétence discrétionnaire dispose d'une liberté d'appréciation qui lui donne la possibilité de juger elle-même de la manière dont elle exerce cette compétence et de choisir la solution qui lui paraît la plus appropriée dans les limites fixées par la loi. Que le pouvoir judiciaire est compétent tant pour prévenir que pour sanctionner l'atteinte illicite à un droit subjectif commise par l'administration à l'occasion de l'exercice de sa compétence discrétionnaire,

mais ne peut priver celle-ci de sa liberté de choix ni se substituer à elle; que le juge des référés ne peut davantage le faire»²⁷⁸.

Le pouvoir judiciaire peut donc condamner l'État à la réparation en nature, en adressant à l'administration des injonctions sur le principe d'un comportement à adopter. C'est particulièrement vrai lorsque le pouvoir judiciaire impose au pouvoir exécutif de respecter l'œuvre du pouvoir législatif, notamment en cas d'abstention prolongée de prendre un règlement d'application²⁷⁹. Cependant, il ne peut aller jusqu'à déterminer les modalités d'exécution qui, bien souvent, sont du seul ressort de l'autorité administrative^{280 281}.

Dans un important arrêt du 26 juin 1980, la Cour de cassation décide que les cours et tribunaux ne s'immiscent pas dans l'exercice des pouvoirs de l'administration en soumettant l'État au droit commun de la responsabilité civile et en ordonnant dès lors la réparation en nature du préjudice causé²⁸². Par contre, au stade de l'exécution forcée de cette décision, le principe de la continuité du service public exclut tout remplacement portant sur les biens de la personne publique²⁸³. La séparation des pouvoirs, principe de valeur constitutionnelle s'il en est, dicte naturellement des limites analogues.

La condamnation de l'État doit donc laisser à l'administration le pouvoir d'appréciation relatif à la mise en œuvre concrète de cette condamnation.

63. Application à l'arrêt *Softenon*. Nous avons déjà exposé le processus d'adoption des lois et les étapes qu'il comporte lorsque c'est le gouvernement qui en est à l'initiative (cf. *supra*, nos 38 et 48). La décision de la cour d'appel de Bruxelles condamne l'État belge «à présenter à la Chambre des représentants un avant-projet de loi à insérer dans la prochaine loi budgétaire, tel celui reproduit sous le point 58 du présent arrêt en vue de la constitution d'une fondation d'utilité privée visée par cet avant-projet». En arrêtant de la sorte la phase préparatoire, le juge ne s'arroge-t-il pas une compétence exclusive du pouvoir législatif?

²⁷⁵ J. SOHIER et A. DAOUD, *La responsabilité des pouvoirs publics*, tiré à part de *Responsabilités – Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, 2015, p. 31.

²⁷⁶ Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 193, concl. premier avocat général P. LECLERCQ; Cass., 27 avril 1962, *Pas.*, 1962, I, pp. 938-939; Cass., 26 avril 1963, *R.C.J.B.*, 1963, p. 116, note J. DABIN; Cass., 7 mars 1963, *J.T.*, 1963, p. 223, concl. avocat général W. GANSHOFF VAN DER MEERSCH, note C. CAMBIER; Cass., 11 avril 1969, *Pas.*, 1969, I, n° 702, *J.T.*, 1969, p. 420; Cass., 23 avril 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 752, *R.C.J.B.*, 1975, note Fr. DELPÉRIE; Cass., 10 avril 1971, *Pas.*, 1972, I, n° 28 et concl. W. GANSHOFF VAN DER MEERSCH; Cass., 27 novembre 1974, *Pas.*, 1975, I, p. 341, *J.T.*, 1975, p. 203; Cass., 14 janvier 2000, *R.A.G.B.*, 2003, p. 851, note S. LUST; Cass., 1^{er} juin 2006, *J.T.*, 2006, pp. 461 et s., obs. S. VAN DROOGHENBROECK; *R.W.*, 2006-2007, pp. 213 et s., concl. avocat général M. DE SWAEE, note A. VAN OEVELEN; Cass., 28 septembre 2006, *J.T.*, 2006, pp. 594 et s., concl. premier avocat général J.-Fr. LECLERCQ; Cass., 21 décembre 2007, *J.T.*, 2008, p. 555, note D. RENDERS; Cass., 27 juin 2008, *R.C.J.B.*, 2010, pp. 183 et s., obs. D. RENDERS; Cass., 10 septembre 2010, *J.T.*, 2011, p. 811. Sur cette problématique dans son ensemble, voy. D. RENDERS (coord.), *La responsabilité des pouvoirs publics*, Actes des XII^e Journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant, 2016; J. SOHIER et A. DAOUD, *La responsabilité des pouvoirs publics*, op. cit.

²⁷⁷ Cass., 1^{er} juin 2006, *J.T.*, 2006, pp. 461 et s.; Cass., 28 septembre 2006, *J.T.*, 2006, pp. 594 et s. avec les concl. du premier avocat général J.-Fr. LECLERCQ. Sur cette problématique, voy. not. B. DUBUTSON et S. VAN DROOGHENBROECK, «Responsabilité de l'État-législateur: la dernière pièce du puzzle?», *J.T.*, 2011, pp. 801 et s.

²⁷⁸ Cass., 4 mars 2004, *J.T.*, 2004, p. 382.

²⁷⁹ Q. PEIFFER, «La réparation en nature du dommage causé par une carence réglementaire», op. cit., p. 1067.

²⁸⁰ B. JADOT, «Les pouvoirs du juge judiciaire à l'égard de l'administration: le pouvoir d'injonction et la réparation en nature», in *La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 452.

²⁸¹ S'il n'existe qu'une manière de réparer en nature le dommage occasionné, le juge ne heurte toutefois pas le principe de séparation des pouvoirs en ordonnant de prendre la mesure qui s'impose, cf. Q. PEIFFER, «La réparation en nature du dommage causé par une carence réglementaire», op. cit., p. 1066.

²⁸² On est, en réalité, davantage en présence d'une mesure de cessation de l'illicite. La notion de réparation en nature s'entend ici au sens large. Voy. P. WÉRY, «La réparation en nature en matière extracontractuelle: quelques nouvelles avancées jurisprudentielles», *J.L.M.B.*, 2018, pp. 1893-1903; S. DE REY, «Herstel in natura van contractuele en buitencontractuele schade: onbekend, onbemind?», *R.W.*, 2019-2020, pp. 163-180.

²⁸³ Cass., 26 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, pp. 1355-1356, concl. avocat général J. VELU, *J.T.*, 1980, p. 707, *A.P.T.*, 1981, p. 127, note D. DÉOM, «De la réparation en nature du préjudice causé par les pouvoirs publics», *R.C.J.B.*, 1983, p. 173, obs. Fr. DELPÉRIE, «La prévention et la réparation des dommages causés par l'administration». Voy. aussi F. DE VISSCHER, «Quelques réflexions sur le pouvoir d'injonction du juge judiciaire à l'égard de l'administration», *J.T.*, 1981, p. 682.

Comme l'écrit David Renders en matière de sanctions administratives, « Si une appréciation de pleine juridiction est admissible, voire requise, lorsqu'un juge est amené à se prononcer sur une décision prise, la séparation des pouvoirs s'oppose à ce qu'un juge inflige une sanction administrative à l'égard de laquelle l'autorité compétente n'a pas encore eu l'opportunité de se prononcer »²⁸⁴. Le raisonnement est le même sous l'angle du droit de la responsabilité civile : « Il se fait que la charge que comportent les articles 1382 et suivants ne contient pas le pouvoir d'irriguer la compétence discrétionnaire de l'administration, faute pour la loi de l'exprimer et d'être habilitée à ce faire »²⁸⁵.

Dans l'hypothèse où les conditions de validité de l'engagement par déclaration unilatérale de volonté sont bien réunies dans le chef de l'autorité publique, le juge a certes le pouvoir, et même le devoir, de condamner l'autorité à le respecter. Son injonction ne peut toutefois aller au-delà de ce que l'autorité a, sur la base de son pouvoir discrétionnaire, légalement pu décider. Dès lors qu'une délibération du conseil des ministres sur le texte à étudier et, dans tous les cas, l'avis de la section de législation du Conseil d'État sont requis, le juge ne peut, à notre estime, se contenter de la décision en opportunité prise en amont de l'élaboration du texte, pour contourner ces formalités et condamner à déposer un projet de loi à la Chambre. Notre critique serait tout autre si la cour d'appel s'était contentée d'imposer qu'un avant-projet de loi soit effectivement rédigé puis soumis à l'examen du conseil des ministres et du Conseil d'État. Dans ce cas, le juge s'abstient de fixer le contenu d'une réglementation à adopter et laisse à l'autorité son pouvoir d'appréciation discrétionnaire, en ce compris le pouvoir d'abandonner le projet envisagé²⁸⁶. La séparation des pouvoirs s'en trouverait dès lors sauvegardée.

3. L'effectivité de la condamnation à l'exécution en nature

64. Possibilités d'exécution de l'arrêt *Softenon* ? La condamnation *ad ipsam rem* ne doit pas être confondue avec l'exécution *forcée* en nature de l'obligation²⁸⁷, une fois rendue la décision de justice. Quelle que soit la légalité de l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, se pose en effet la question de l'effectivité de la condamnation prononcée, dès lors qu'elle n'est pas assortie d'astreintes²⁸⁸, lesquelles étaient pourtant sollicitées par les appelants. On notera que le juge

ayant épuisé sa juridiction, il ne sera pas permis de pallier ultérieurement cet oubli²⁸⁹.

Comme le veut l'adage *Nemo potest praecise cogi ad factum*, nul ne peut être contraint à l'exécution en nature d'une obligation de faire ou de ne pas faire²⁹⁰. En dehors des cas prévus par la loi, toute contrainte physique sur la personne du débiteur demeure interdite²⁹¹. La solution paraît s'imposer naturellement à l'égard d'un gouvernement condamné à déposer un projet de loi. Nous l'avons vu, la Cour de cassation a d'ailleurs écarté le mécanisme du remplacement lorsqu'il est invoqué à l'encontre des pouvoirs publics²⁹².

En revanche, le non-respect éventuel d'une décision de justice est constitutif d'une faute. L'État est, à cet égard, un justiciable comme un autre, faute de quoi la séparation des pouvoirs serait, ici aussi, compromise. Une action fondée sur la responsabilité de l'État pourrait permettre de résoudre le litige par l'octroi de dommages-intérêts²⁹³.

En l'espèce, cette réparation par équivalent ne nous semble pas pouvoir dépasser la somme de 5 millions d'euros, dont la clé de répartition serait à définir par l'État lui-même. La raison est simple. D'une part, le gouvernement n'avait pas encore débattu et encore moins tranché le mode de fonctionnement de la fondation à créer et, d'autre part, cette décision relève, en fin de compte, du seul Parlement²⁹⁴.

En résumé, le pouvoir exécutif ne s'est prononcé qu'en opportunité lorsqu'il a décidé d'offrir une indemnisation aux victimes de la thalidomide. Si le juge doit tirer les conséquences de cette manifestation de volonté suivant les règles du droit des obligations, il ne peut aller au-delà de ce que lui permet la Constitution, fût-ce par le biais d'une réparation par équivalent : « L'administration qui dispose d'une compétence discrétionnaire doit trouver, dans le dispositif du juge, le pouvoir de l'exercer pleinement, sous peine de violer le principe de la séparation des pouvoirs »²⁹⁵.

²⁸⁹ L'identité de cause et de parties entraîne l'autorité de chose jugée (art. 23 C. jud.).

²⁹⁰ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 441, n° 499.

²⁹¹ Cass., 7 mars 1975, *Pas.*, I, p. 692.

²⁹² Cass., 26 juin 1980, *R. C. J. B.*, 1983, p. 173, note Fr. DELPÉRE.

²⁹³ Un parallèle peut être fait avec l'annulation, par le Conseil d'État, d'une décision implicite de rejet. Le requérant n'obtient pas *ipso facto* la décision qu'il souhaite, mais, si l'autorité persiste dans son inaction, sa responsabilité peut, entre autres, être engagée devant les juridictions judiciaires ; Q. PHEFFER, « La réparation en nature du dommage causé par une carence réglementaire », *op. cit.*, p. 1066, citant M. LEROY, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 204-205.

²⁹⁴ Celui-ci pouvant toujours déléguer cette compétence au Roi.

²⁹⁵ D. RENDERS, « Dans quelle mesure le principe de la séparation des pouvoirs fait-il interdiction au juge de condamner l'administration à réparer en nature le dommage causé par sa faute extracontractuelle ? », *op. cit.*, p. 578. En ce sens, lorsque la Cour constitutionnelle a par exemple ordonné l'harmonisation des statuts d'ouvrier et d'employé, elle n'a pas imposé à l'autorité la manière de la réaliser (C.C., 7 juillet 2011, arrêt n° 127/2011).

²⁸⁴ D. RENDERS, « Dans quelle mesure le principe de la séparation des pouvoirs fait-il interdiction au juge de condamner l'administration à réparer en nature le dommage causé par sa faute extracontractuelle ? », *op. cit.*, p. 577.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 578.

²⁸⁶ Q. PHEFFER, « La réparation en nature du dommage causé par une carence réglementaire », *op. cit.*, p. 1067.

²⁸⁷ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 442-443, n° 501.

²⁸⁸ Moyen de pression généralement efficace, voy. p. cx. Civ. Bruxelles (réf.), 1^{er} mars 2001, *J. T.*, 2001, p. 250 ; Civ. Liège (réf.), 4 juillet 2002, *J. L. M. B.*, 2003, p. 2012. Pour plus de précisions, voy. O. MIGNOLET, « L'astreinte – Chronique de jurisprudence », *J. T.*, 2012, pp. 853 et s.

4. Le principe de la confiance légitime

65. Mise en cause de la responsabilité de l'État belge. Si la demande d'exécution en nature ne requiert pas la preuve d'une faute, rien n'empêchait les victimes du *Softenon* d'y adjoindre une action en responsabilité civile²⁹⁶, fondée non plus sur d'éventuelles fautes commises à l'époque du scandale, mais sur la méconnaissance de son engagement par le gouvernement. Pouvait-on y voir la violation d'attentes légitimes engageant la responsabilité de l'État? Nous examinons, dans la présente partie, le principe de la confiance légitime, en raison de l'analogie qu'il peut présenter avec la théorie de l'apparence, chère au droit civil²⁹⁷ (cf. *supra*, n° 44).

66. Principe de confiance légitime ou de sécurité juridique. Le droit à la sécurité juridique et le respect dû à la confiance légitime de l'administré font partie des principes généraux du droit dits « de bonne administration »²⁹⁸, qui procèdent de l'idée que le citoyen est en droit d'attendre de l'administration qu'elle se comporte à son égard en bon père de famille²⁹⁹.

Le principe de confiance légitime « contraint l'autorité administrative à ne pas tromper la confiance que l'administré ou le fonctionnaire a pu ou dû lui faire ou, à tout le moins, à s'expliquer sur les motifs de ne pas suivre la voie précédemment tracée »³⁰⁰. Il emporte le droit pour les citoyens de « se fier à une ligne de conduite constante de l'autorité ou à des concessions ou des promesses que les pouvoirs publics ont faites dans le cas concret »³⁰¹. L'administré doit notamment pouvoir avoir « confiance dans la stabilité de la situation créée par un acte juridique »³⁰².

²⁹⁶ P. WÉRY, « Condamnations non pécuniaires, réparation en nature et remplacement judiciaire en matière extracontractuelle », obs. sous Liège, 8 juin 1993, *J.T.*, 1995, p. 432.

²⁹⁷ Comp. à propos des mesures de rétablissement du droit de créance, à distinguer donc de la réparation en nature du dommage, P. WÉRY, « La réparation en nature du dommage en matière de responsabilité civile extracontractuelle », *op. cit.*, p. 255 : « Il conviendrait [...] de rattacher diverses solutions non pas à la réparation en nature, mais à une autre source d'obligations : la théorie de la confiance légitime. On songe, à cet égard, au mandat apparent [...] ».

²⁹⁸ Cass., 27 mars 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 680 ; R. SIMAR et P. ABBA, « Sécurité juridique, légitime confiance, *patere legem quam ipse fecisti*. Transparence administrative ou principes transparents? », in *Les principes généraux du droit administratif. Actualités et applications pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 105 ; P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 112.

²⁹⁹ Ph. BOUVIER, R. BORN, B. CUVÉLIER et Fl. PIRET, *Éléments de droit administratif*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2013, p. 61, n° 42.

³⁰⁰ J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 857-858, n° 388.

³⁰¹ C.E., *Missorten*, 6 février 2001, n° 93.104 ; C.E., S.C.A. B.J.P. *Catering*, 20 février 2015, n° 230.262.

³⁰² J. SALMON, J. JAUMOTTE, E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, vol. 1, *op. cit.*, p. 858, n° 388.

Ce principe général est, dans une certaine mesure³⁰³, reconnu par la Cour de cassation sous l'angle de la sécurité juridique³⁰⁴, tandis qu'il est affirmé comme principe du droit de l'Union européenne par la Cour de justice³⁰⁵.

Dans le cas qui nous occupe, le gouvernement agit comme branche du pouvoir législatif. Même si le principe de légitime confiance est généralement appliqué à des actes administratifs, il est parfois recouru au principe de bonne législation quand des actes du législateur sont en jeu³⁰⁶. La prudence quant au champ d'application *ratione personae* et *materiae* des règles que nous invoquons reste néanmoins de mise.

On s'interrogera ensuite sur la possibilité de transposer les conditions qui, d'après le Conseil d'État, doivent être réunies pour invoquer une violation du principe³⁰⁷ : il faut un acte de l'autorité publique (qu'il s'agisse d'un comportement erroné ou non³⁰⁸), une attente légitime suscitée par cet acte dans le chef de l'administré, et l'absence de motifs permettant de revenir sur cette attente.

Dans l'affaire *Softenon*, on peut ainsi se demander, en repartant de la jurisprudence : dans quelle mesure la lettre de la ministre ne pouvait être assimilée à « une lettre d'information sur l'état d'avancement d'un dossier » qui « ne préjuge en rien de la décision » qui sera prise³⁰⁹ ; si l'autorité a effectivement fourni à l'intéressé, sans réserves, « des assurances précises susceptibles de faire naître dans son chef des espérances fondées »³¹⁰, ce qui ne serait pas le cas si l'annonce était entourée de suffisamment de prudence quant à l'issue du processus d'adop-

³⁰³ Voy. A. BOSSUYT, « Les principes généraux du droit en droit administratif et public, dans la jurisprudence de la Cour de cassation », in *Au-delà de la loi? Actualités et évolutions des principes généraux du droit*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, pp. 177 et s.

³⁰⁴ Cass., 27 mars 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 680 ; Cass., 3 novembre 2003, *Pas.*, 2003, n° 548 ; Cass., 8 avril 2003, *Pas.*, 2003, n° 233 ; Cass., 10 décembre 2009, R.G. n° F08.0038.N ; Cass., 1^{er} mars 2010, R.G. n° C.09.0390.N ; Mons, 4 juin 2010, *T.F.R.*, 2010, p. 794 ; D. DE JONGHE et P.-Fr. HENRARD, « L'actualité des principes généraux de droit administratif et de bonne administration en droit administratif : questions choisies », *op. cit.*, p. 10.

³⁰⁵ Ph. BOUVIER, R. BORN, B. CUVÉLIER et Fl. PIRET, *Éléments de droit administratif*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 64, n° 44. Le principe est également inhérent à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Cour eur. D.H., *Damsons c. Lettonie*, 24 juin 2008, § 130.

³⁰⁶ J. THEUNIS, « Le principe de la confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle », *R.B.D.C.*, 2008, pp. 5-22, spéc. n° 4 et les cas cités aux n°s 11 et s.

³⁰⁷ J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 859-860 ; R. SIMAR et P. ABBA, « Sécurité juridique, légitime confiance, *patere legem quam ipse fecisti*. Transparence administrative ou principes transparents? », *op. cit.*, pp. 106 et s. ; D. DE JONGHE et P.-Fr. HENRARD, « L'actualité des principes généraux de droit administratif et de bonne administration en droit administratif : questions choisies », *op. cit.*, pp. 14-17.

³⁰⁸ D. DE JONGHE et P.-Fr. HENRARD, « L'actualité des principes généraux de droit administratif et de bonne administration en droit administratif : questions choisies », *op. cit.*, p. 16 ; R. SIMAR et P. ABBA, « Sécurité juridique, légitime confiance, *patere legem quam ipse fecisti*. Transparence administrative ou principes transparents? », *op. cit.*, pp. 108-109 : « Selon nous, tout acte de l'administration est en mesure de susciter une confiance légitime, *a fortiori* lorsque celui-ci n'est pas constitutif d'une erreur dans le chef de l'administration et qu'il n'y a par conséquent pas de raison pour l'administration de revenir sur ses paroles ».

³⁰⁹ C.E., *Boodts*, 4 avril 2003, n° 117.945.

³¹⁰ C.E., *Deuvel*, 16 juillet 2009, n° 195.352 ; C.E., S.C.A. B.J.P. *Catering*, 20 février 2015, n° 230.262.

tion; si la décision du conseil des ministres ne pouvait être vue que comme une décision provisoire, ne constituant ni promesse ni assurance³¹¹; s'il devait être clair « que c'est à l'occasion d'une évaluation ultérieure » qu'il serait statué définitivement sur la proposition³¹²; si la crise gouvernementale et le concept d'affaires courantes constituent un motif grave permettant de revenir sur l'attente suscitée³¹³.

Si la violation du principe est avérée, se posera la question, sous l'angle de l'article 1382 du Code civil, de l'automaticité de la reconnaissance d'une faute dans le chef de l'administration. Les thèses de l'unité absolue et de l'unité relative s'affrontent sur cette problématique, qui dépasse cependant le cadre de notre exposé³¹⁴.

En l'espèce, un comportement fautif de l'administration³¹⁵ pourrait être identifié dans la communication faite autour de la décision du conseil des ministres, que ce soit via le communiqué de presse ou au regard des termes employés par la ministre de la Santé. Il n'est pas exclu d'y voir une déclaration précipitée, ne laissant pas suffisamment apparaître, à l'attention du citoyen, le caractère essentiellement préparatoire de l'acte posé par le gouvernement.

On n'oubliera pas non plus de confronter le principe de confiance légitime avec d'autres principes généraux³¹⁶ situés, le cas échéant, plus haut dans

³¹¹ Cf. C.E., *Soors*, 27 octobre 2011, n° 216.095.

³¹² Cf. C.E., *Deprez*, 16 juillet 2004, n° 133.978.

³¹³ Cf. C.E., *A.S.B.L. Fonds de pensions complémentaires de la Banque Bruxelles Lambert*, 13 juin 2002, n° 107.819; C.E., *Vervliet*, 19 mars 2001, n° 94.090. Pour le législateur: C.C., 21 novembre 2013, arrêt n° 160/2013; C.C., 8 mai 2013, arrêt n° 63/2013.

³¹⁴ Voy. J. SOHIER et A. DAOUT, *La responsabilité des pouvoirs publics*, tiré à part de *Responsabilités – Traité théorique et pratique*, op. cit., pp. 13–16. Pour une confrontation des points de vue, D. DE ROY et D. RENDERS, « La responsabilité extracontractuelle du fait d'administrer: vue d'ensemble », *R.G.A.R.*, 2016, n° 15.295. Voy. aussi Q. PEIFFER, « La réparation en nature du dommage causé par une carence réglementaire », op. cit., p. 1061 (unité absolue à propos de la violation du délai raisonnable, qui implique toutefois nécessairement, au préalable, une appréciation circonstanciée). En faveur de l'unité relative, obligeant à un examen circonstancié de la norme violée et du comportement de l'autorité, voy. B. DUBUISSON et S. VAN DROOGHENBROECK, « Responsabilité de l'État-législateur: la dernière pièce du puzzle? », op. cit., p. 807. Dernièrement, la Cour constitutionnelle semble valider la thèse de l'unité relative, mais sans remise en cause explicite de la thèse de l'unité absolue (C.C., 19 juillet 2018, arrêt n° 106/2018).

³¹⁵ Peuvent tout aussi bien être visées la simple erreur d'appréciation, la décision inopportune ou la violation de la loi ou de la norme générale de prudence; R. SIMAR et P. ABBA, « Sécurité juridique, légitime confiance, *patere legem quam ipse fecisti*. Transparence administrative ou principes transparents? », op. cit., p. 108; P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 2^e éd., op. cit., p. 361.

³¹⁶ Voy. S. KOVAL, « Après le temps de l'apparence: considérations sur la confiance légitime du citoyen et la responsabilité de l'administration dans la jurisprudence de la Cour de cassation », note sous Cass., 22 mai 2006, *C.P.D.K.*, 2008, pp. 461–468.

la hiérarchie des normes³¹⁷. On pense notamment au principe de légalité³¹⁸, à celui de mutabilité³¹⁹ (cf. *supra*, n° 47) et à l'indisponibilité des compétences³²⁰ (cf. *supra*, n° 46). En toute hypothèse, il importe de préserver l'exercice, par l'autorité publique, de son pouvoir d'appréciation³²¹.

Au regard de ces règles, les attentes du citoyen peuvent perdre leur légitimité. Ainsi, un engagement de l'administration, en ce qu'il serait contraire à la loi, ne peut faire naître de prévisions justifiées dans le chef de l'administré³²². « En d'autres termes, si le juge estime qu'un citoyen normalement prudent et diligent aurait dû savoir que les attentes suscitées ne pourraient éventuellement pas être honorées, le principe de légitime confiance ne peut être invoqué »³²³. Dans le cas étudié, il était sans doute légitime d'attendre l'élaboration d'un texte

³¹⁷ À propos de la valeur du principe de légitime confiance (ou, plus largement, des principes de bonne administration) et sa place dans la hiérarchie des normes, voy. Ph. BOUVIER, R. BORN, B. CUVELIER et Fl. PIRET, *Éléments de droit administratif*, 2^e éd., op. cit., pp. 64 et s.; D. DE JONGHE et P.-Fr. HENRARD, « L'actualité des principes généraux de droit administratif et de bonne administration en droit administratif: questions choisies », op. cit., pp. 10 et s.; P. POPELIER, « Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen », in *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Bruges, die Keure, 2006, pp. 2–33.

³¹⁸ Le principe de légitime confiance ne peut entrer en contradiction avec des dispositions légales ou réglementaires; voy. A. BOSSUYT, « Les principes généraux du droit en droit administratif et public, dans la jurisprudence de la Cour de cassation », op. cit., pp. 179 et s.; J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, vol. 1, op. cit., p. 859 et p. 862; R. SIMAR et P. ABBA, « Sécurité juridique, légitime confiance, *patere legem quam ipse fecisti*. Transparence administrative ou principes transparents? », op. cit., pp. 116 et s. et les références citées; C.E., *S.A. Clibo*, 9 décembre 2015, n° 233.185; Cass., 14 juin 1999, *Pas.*, 1999, I, n° 352.

³¹⁹ R. SIMAR et P. ABBA, « Sécurité juridique, légitime confiance, *patere legem quam ipse fecisti*. Transparence administrative ou principes transparents? », op. cit., pp. 121–122. Le principe de légitime confiance est subordonné à la loi du changement, voy. C.E., *Beke*, 22 juin 1999, n° 81.185; C.E., *S.A. Monsera*, 17 décembre 2013, n° 225.866. « La règle est et demeure que le législateur peut modifier sa politique et qu'il ne doit en principe pas prévoir de régime transitoire. Il en va autrement lorsque du fait de certaines circonstances, il est question d'une confiance suscitée ou d'attentes légitimes, à savoir par suite de l'intervention antérieure du législateur ou de l'administration » (J. THIEUNIS, « Le principe de la confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle », op. cit., pp. 20–21, qui conclut qu'une mise en balance doit être effectuée entre la situation du citoyen et celle de l'autorité, garante de l'intérêt général).

³²⁰ Il n'existe pas de promesses ou de concessions qui soient irrévocables de la part de l'autorité publique, voy. C.E., *Van den Borre*, 8 février 2002, n° 103.474.

³²¹ R. SIMAR et P. ABBA, « Sécurité juridique, légitime confiance, *patere legem quam ipse fecisti*. Transparence administrative ou principes transparents? », op. cit., pp. 122–123; D. DE JONGHE et P.-Fr. HENRARD, « L'actualité des principes généraux de droit administratif et de bonne administration en droit administratif: questions choisies », op. cit., p. 12: « À première vue, l'on serait tenté de dire que le principe ne devrait en revanche pas présenter d'intérêt lorsqu'il est question d'une compétence liée. L'autorité n'ayant aucun pouvoir d'appréciation quant à la manière d'exercer ses compétences lorsque celles-ci sont liées, elle ne pourrait en effet promettre à l'administré l'adoption d'une décision autre que celle prévue par les dispositions législatives ou réglementaires sans violer celles-ci en même temps ».

³²² A. BOSSUYT, « Les principes généraux du droit en droit administratif et public, dans la jurisprudence de la Cour de cassation », op. cit., pp. 180–181; Cass., 26 octobre 2001, *Pas.*, 2001, n° 577; Cass., 3 novembre 2000, *Pas.*, 2000, n° 596; C.E., *Mahieu*, 6 septembre 2010, n° 207.230.

³²³ D. DE JONGHE et P.-Fr. HENRARD, « L'actualité des principes généraux de droit administratif et de bonne administration en droit administratif: questions choisies », op. cit., p. 18; C.E., *Laqae*, 21 janvier 2015, n° 229.890; C.E., *C. V.B.A. Typografics*, 22 mars 2013, n° 222.953; C.E., *Reynders*, 10 mai 2010, n° 203.822.

à soumettre à l'examen du Conseil d'État, mais pas davantage (cf. l'allusion, dans la lettre de la ministre, aux limites du mandat confié par le gouvernement)³²⁴.

67. Réparation du dommage. En tout état de cause, que le principe de légitime confiance puisse valablement être mobilisé ou non, il est toujours permis à l'administré de mettre en cause la responsabilité civile des pouvoirs publics qui auraient fautivement méconnu ses attentes sur la base des articles 1382 et suivants du Code civil³²⁵. Le dommage vanté à ce titre ne peut cependant correspondre au résultat escompté si la décision prise avait été conforme aux attentes, faute de quoi on préjugerait du pouvoir d'appréciation discrétionnaire de l'autorité. En l'espèce, à supposer que le processus préparatoire ait été mené à terme, dans quelle mesure la loi projetée aurait-elle ou non été votée par le Parlement? Il nous semble que, en marge de la question de l'existence d'un préjudice moral, le dommage matériel consécutif aux attentes déçues ne peut, dans une telle configuration, qu'être limité et prendre la forme d'une perte de chance³²⁶.

5. Le principe dispositif

68. Respect du principe dispositif par la cour d'appel. En vertu du principe dispositif, le juge ne peut modifier l'objet de la demande en procurant au demandeur un résultat qu'il ne postulait pas³²⁷, même si la loi qui accorde un droit à l'une des parties est d'ordre public³²⁸. De même, le juge ne peut soulever un moyen qui n'a pas été soumis à la contradiction des parties³²⁹. Or, l'engagement par déclaration unilatérale était invoqué pour entendre condamner l'État belge «à constituer, dans les 3 mois de la décision à intervenir et sous peine d'une astreinte de 5.000 euros par jour de retard, une fondation d'utilité privée à laquelle sera attribuée une somme de 5.000.000,00 euros, [...] et dont l'objet social sera l'octroi d'une somme forfaitaire à chaque victime née en Belgique entre le 1^{er} janvier 1958 et le 1^{er} avril 1963 [...]», résultat sensiblement différent

³²⁴ Comp. encore C.E., *Vanbrunvaene*, 25 mars 2013, n° 222.971 : «Het advies van het diensthoofd van de verzoeker – dat overigens niet in de regelgeving voorzien is – kan bij de verzoeker geen rechtmatige verwachting hebben gewekt, al was het maar omdat het diensthoofd ter zake geen enkele bestissingbevoegdheid heeft».

³²⁵ J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAULT, *Le Conseil d'État de Belgique*, vol. 1, op. cit., p. 862, n° 388.

³²⁶ Voy. B. DOUBISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHIEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *Le fait générateur et le lien causal*, coll. Les dossiers du J.T., n° 74, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 376 et s., spéc. p. 378, n° 448, à propos de la perte d'une chance d'obtenir une décision différente de l'administration.

³²⁷ Art. 1138, 2°, C. jud.; Cass., 25 juin 2010, *Pas.*, 2010, n° 461; Cass., 26 mars 2010, *Pas.*, 2010, n° 222; Cass., 9 mars 2018, R.G. n° C.17.0517.F; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, «Chronique de l'office du juge», note sous Cass., 13 mars 2013, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1315.

³²⁸ Sauf exception, p. ex. art. 1017, al. 1^{er}, C. jud.; art. 1244 C. civ. Voy. A. FETWEISS, «Le rôle actif du juge balisé par le principe dispositif et le respect des droits de la défense», in *Au-delà de la loi? Actualités et évolutions des principes généraux du droit*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, p. 135.

³²⁹ Art. 774, al. 2, C. jud.; G. DE LEVAL, *Droit judiciaire*, t. 2, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 137; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, «Chronique de l'office du juge», op. cit., pp. 1317-1318.

de la «simple» présentation d'un projet de loi au Parlement, décidée par la cour d'appel. Cette dernière solution ne fut par ailleurs pas débattue, en tant que telle, par les parties à la cause.

On peut objecter que l'arrêt de la cour se borne à accueillir la demande, tendant à l'exécution forcée de l'engagement unilatéral de l'État belge, dans les limites permises³³⁰, du moins dans l'esprit du juge³³¹. Les parties ne peuvent en outre s'estimer surprises par la solution retenue, dès lors que l'argument des limites du pouvoir du juge était soulevé par l'État belge dans ses conclusions³³².

Conclusion

Il y a quarante ans déjà, Michel Coipel qualifiait de visionnaire l'enseignement d'Henri De Page à propos de l'engagement par déclaration unilatérale de volonté³³³. L'éminent auteur du *Traité de droit civil belge* pouvait-il toutefois imaginer que cette théorie donnerait lieu à une décision comme l'arrêt *Softenon*?

Consciente de l'immense souffrance des victimes de la thalidomide, la cour d'appel de Bruxelles a décelé, dans un communiqué de presse du gouvernement et surtout une lettre de la ministre de la Santé, diffusés avant la crise gouvernementale de 2010, un engagement répondant aux conditions posées par le droit des obligations. Certes, le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation souverain et la décision a le mérite d'innover. On peut cependant regretter qu'à l'occasion d'une affaire si importante, il se soit montré relativement peu loquace sur des points cruciaux. D'autant plus que l'application de la théorie au cas d'espèce pourrait, sous certains aspects, méconnaître des impératifs ou particularités du droit public.

La validité d'un acte juridique implique la capacité de son auteur et l'existence d'un objet dans le commerce. Ces exigences renvoient à la compétence –

³³⁰ L'objet de la demande est le résultat économique, social ou moral recherché par le demandeur, selon une conception factuelle et non juridique; Cass., 23 octobre 2006, *Pas.*, 2006, n° 501; Cass., 20 avril 2009, *Pas.*, 2009, n° 260; Cass., 14 décembre 2017, R.G.A.R., 2018, n° 15.527, R.W., 2018-2019, p. 587, note F. AUVRAY et K. RONSJIN, R.D.C., 2018, p. 297, R.G.D.C., 2019, p. 238, note S. GOLDMAN et R. JAFFE-RAU; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, «Chronique de l'office du juge», op. cit., pp. 1316-1317.

³³¹ Nous renvoyons à ce qui a été dit à propos du (non-)respect du processus législatif, spéc. n° 48.

³³² Selon la décision analysée, «L'État belge objecte encore que la «ministre des Affaires sociales et de la Santé publique n'avait pas le pouvoir de lier l'État quant au paiement de 5.000.000 d'euros par l'INAMI à la fondation dont la constitution était envisagée; Que le mandat qu'elle avait reçu du conseil des ministres se limitait en l'espèce à rédiger un avant-projet de loi portant sur la création d'une Fondation d'utilité privée afin de venir en aide aux différentes victimes de la thalidomide, afin que la décision adoptée par le conseil des ministres en ce sens soit soumise à l'approbation de la Chambre des représentants et que dès lors, le seul engagement unilatéral qui pourrait résulter (si les conditions de validité en étaient remplies – *quod non*) de ce courrier serait limité, le cas échéant, à la rédaction d'un avant-projet de loi à soumettre au conseil des ministres afin que celui-ci en propose le vote à la Chambre des représentants, seule autorité compétente pour autoriser l'engagement de la dépense; que comme déjà énoncé, il s'agit là d'un principe consacré par l'article 174 de la Constitution» (point 57 de l'arrêt).

³³³ M. COIPEL, «La théorie de l'engagement par volonté unilatérale», op. cit., p. 24.

forcément limitée – de l'autorité à l'origine de l'engagement, au principe d'indisponibilité des compétences, qui interdit de priver le gouvernement de son pouvoir décisionnel, et à la loi du changement. Des principes que la décision rendue ne laisse pas totalement indemnes.

La volonté de créer des effets de droit est également une condition essentielle qui permet de distinguer le véritable engagement obligatoire de la simple déclaration d'intention ou d'honneur³³⁴. Nous sommes revenus sur les termes des documents litigieux qui, à l'analyse, nous semblent renvoyer à un engagement davantage politique que juridique. À cet égard, la jurisprudence du Conseil d'État offre des illustrations intéressantes. Nous nous sommes d'ailleurs interrogés sur la qualification de « décision de principe » de l'autorité administrative, qui rendrait l'acte insusceptible de tout recours...

Une fois ces questions résolues, se pose encore celle des sanctions de l'inexécution d'un engagement par volonté unilatérale. Les victimes sollicitaient l'exécution en nature de l'acte. Même si la condamnation de l'État de ce chef est parfaitement envisageable, il n'en existe pas moins des obstacles matériels et juridiques à prendre en considération. C'est sur ce point que le droit public marque peut-être le plus sa spécificité. En l'espèce, les juges ont condamné l'État à présenter un projet de loi déterminé, portant création de la fondation envisagée par le conseil des ministres, devant la Chambre des représentants. Ce faisant, n'ont-ils pas perdu de vue le processus législatif préparlementaire ? Le principe de séparation des pouvoirs n'est-il pas écorné ?

Rechercher la responsabilité civile de l'État en invoquant la violation du principe de la confiance légitime permettrait peut-être d'éviter ces écueils.

En tout état de cause, une application rigoureuse des conditions de l'engagement unilatéral s'impose si l'on veut éviter des effets collatéraux indésirables de la jurisprudence *Softenon*³³⁵. Depuis 2016, les lois coordonnées sur le Conseil d'État prévoient par exemple la publication, après la dissolution de la Chambre, des avis portant sur des avant-projets de loi qui n'ont pas été déposés, ainsi que les textes de ces avant-projets³³⁶. Sera-t-on désormais tenté, sous couvert de cette extériorisation, d'aller y trouver des engagements juridiquement contraignants, pris par le gouvernement alors en exercice ? Les règles mises en évidence dans cette contribution s'y opposent. Gageons que la réalité ne dépassera pas la fiction.

³³⁴ « Mon royaume pour un cheval ! », aurait ainsi promis Richard III, d'après Shakespeare...

³³⁵ On suivra avec intérêt les développements que l'affaire connaîtra devant la Cour de cassation.

³³⁶ Art. 5/3, § 1^{er}.